IL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

E I SUOI RECENTI PROGRESSI

VOLUME SECONDO

PARTE SECONDA

E VOLUME TERZO

ALTRE OPERE DELLO STESSO AUTORE

Il Diritto Internazionale Privato e i suoi recenti Progressi. Vol I (pochissime copie) . . . . L. 4,50

Vol. II. Parte Prima. Operosità scientifica collettiva. Indirizzo attuale della legislazione, del diritto convenzionale e della giurisprudenza. — I. *Nazionalità.* — II. *Naturalizzazione.* — III. *Condizione degli stranieri.* — IV. *Stato e capacità della persona,* Torino 1883 . . . . » 4,50

La Navigazione fluviale e la questione del Danubio secondo il diritto delle genti. Un volume. . . . . » 3,00

Le Colonie e la Conferenza di Berlino. Un grosso volume . . . . . » 15,00

Metodo e fine degli Studi di Diritto internazionale. Prelezione . . . » 1,50

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

E I SUOI RECENTI PROGRESSI

DI

E. L. CATELLANI

Professore Straordinario di Diritto Internazionale
nella Regia Università di Padova.

VOLUME SECONDO
PARTE SECONDA
E VOLUME TERZO

ROMA — TORINO — NAPOLI
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, *Via Carlo Alberto*, 33
Ottobre 1888

V

MATRIMONIO IN GENERE — VALIDITÀ INTRINSECA

411. La costituzione della famiglia e l'origine della società. — 412. Civiltà progredita incompatibile colla poligamia e colla poliandria. — 413. Virtù civilizzatrice della monogamia. — 414. Svolgimento storico del matrimonio nelle società moderne. — 415. Disformità di tale svolgimento nei vari paesi causa di differenze legislative; impossibilità di diritto uniforme. — 416. Urgenza di regole universalmente adottate di diritto internazionale privato; cause d'aumento dei matrimoni all'estero e fra persone di diversa nazionalità. — 417. Sviluppo delle cerchie endogamiche ed esogamiche. — 418. La limitazione di queste ed altri ostacoli agiscono in doppio senso ad aumentare i conflitti; accordi necessari per eliminarli. — 419. Partizione dell'argomento; capacità; norme delle varie leggi circa l'età ed il consenso dei genitori; diritto italiano e francese. — 420. Diritto inglese, spagnuolo, portoghese, germanico, austriaco, olandese, svizzero, svedese e russo. — 421. Diversità di leggi circa il limite massimo di età, il numero dei matrimoni successivi e l'ordine sacro. — 422. Diversità circa il concetto della poligamia ed il valore degli sponsali. — 423. Diversità circa i gradi di parentela fra i quali è dichiarato illecito il matrimonio. — 424. Diversità circa l'impedimento derivante da precedente adulterio. — 425. Tendenze nella scienza circa i criteri da adottarsi per dirimere i conflitti sorgenti fra queste varie leggi; partigiani della territorialità anche in Europa e della personalità anche in Inghilterra. — 426. Corrispondenti oscillazioni nelle singole soluzioni del diritto positivo; criteri generici di diritto internazionale privato circa la legge competente a regolare la capacità a maritarsi e disposizioni particolari in diversa proporzione ritenute di ordine pubblico. — 427. *Criteri generici:* primo gruppo: rispetto della personalità: diritto francese. — 428. Diritto italiano, belga, svizzero. — 429. Incertezza del diritto germanico; diritto spagnuolo: occasione di conflitti fra diritti che preferiscono la legge del domicilio e diritti che preferiscono la legge nazionale. — 430. Secondo gruppo: prevalenza della territorialità; diritto inglese: maggiori occasioni di conflitti derivanti dalla obbligatorietà di certe leggi inglesi per i sudditi anche all'estero. — 431. Tendenza accennata e smentita in Inghilterra di applicazione della legge personale alla validità del matrimonio di stranieri. — 432. Diritto degli Stati Uniti e della Svezia. — 433. Territorialità del diritto russo; cause peculiari del suo rigore. — 434. Esempio isolato svizzero di espediente legislativo per evitare i conflitti; combinazione di personalità e di territorialità a favore delle leggi straniere. — 435. Frequenza di conflitti fra i paesi del primo e quelli del secondo gruppo. — 436. *Disposizioni particolari* relative alla capacità ritenute d'ordine pubblico; conflitti che ne derivano anche fra Stati del primo gruppo. — 437. Limitazioni al matrimonio di certe categorie di persone; carattere eccezionale e politico di tale divieto; carattere personale della proibizione fatta a tutti i sudditi di maritarsi all'estero senza consenso del Governo. — 438. Famiglie poligame in Stati dove è obbligatoria la monogamia; in quali casi il rigore di questi nel non riconoscerle divenga eccessivo. — 439. Territorialità della facoltà e del divieto di matrimonio fra persone di religione o di

411. — Meglio ancora del poeta latino che accennava, attribuendo a tutte la stessa importanza, alle leggi imposte « ne quis « fur esset nec latro, nec quis adulter », il Phillimore riconosceva nella famiglia il massimo fattore della civiltà quando diceva: « Il matrimonio più che la proprietà è il fondamento su cui l'edificio sociale riposa » (1).

Sarebbe arduo ricercare se l'origine delle società umane sia stata come pretendono il Morgan ed il Mac Lennan (2) nell'orda disorganizzata e nella promiscuità dei sessi da cui poi siano lentamente derivate la famiglia patriarcale e quella moderna; o se, come sostiene il Darwin, la gelosia, innata nell'animo umano, abbia fatto del patriarcato, ad esclusione della promiscuità, lo stadio primitivo e normale, di cui quella non sia che una degenerazione prodotta da una intelligenza progredita, sviata da istinti depravati; forse è più esatto il concludere col Sumner Maine (3) che non è dato determinare l'origine assoluta delle società umane, ma di rintracciare la storia reale delle istituzioni delle varie genti civilizzate.

(1) *Association for the reform and codification of the Law of Nations: Report of the seventh annual Conference* (London 1879), London, Clowes, 1880, pag. 29.

(2) Sumner Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, Thorin, 1884, pag. 145, 6, 167, 8 e 265 e segg.

(3) Sumner Maine, L. C.

Ma comunque sia, vogliasi considerare la promiscuità come un punto di partenza o come una degenerazione, è certo che soltanto fra le genti primitive che sanno evitare di cadervi o se ne riscattano, può dirsi che brilli col patriarcato la prima alba della civiltà.

Allora comincia colla solennità del connubio la prima scuola degli affetti, il primo sorriso di idealità nella selva selvaggia della vita primitiva; appare per la prima volta col culto degli antenati una manifestazione religiosa, degna veramente di questo nome, e le generazioni, non più ignare l'una dell'altra, ma collegate insieme dall' infinita e tenace catena della tradizione, si sentono e sono capaci di storia, e l'uomo finalmente fissando, ed accumulando e trasmettendo il suo patrimonio morale nella continuata vicenda della famiglia, si sente, come dice Platone, mortale nell' individuo ma immortale nell' umanità.

412. — Ma, pur santificato dall'affetto che nella consuetudine della vita si afferma e si affina, e presidiato dalla religione, che nelle società primitive è l' unica ordinatrice e protettrice d' ogni istituto civile, il connubio dei due sessi deve ancora trasformarsi non poco nell' essenza e nelle forme per acquistare la stabilità intrinseca e la virtù educativa del matrimonio moderno. L'uomo barbaro, che ha sopratutto il culto della forza, non rispetta la donna perchè non è forte, e da tale mancanza di rispetto derivano necessariamente due ostacoli al perfezionamento della famiglia che sono intimamente collegati insieme e che reagiscono l'uno sull' altro: l' avvilimento della donna e la poligamia. Nè parmi che chi sostiene aver avuto la soggezione della donna una data relativamente recente ed aver goduto i due sessi nelle età primitive di una eguaglianza quasi completa, quando tenta di suffragare tale dottrina coi risultamenti delle proprie ricerche sul patriarcato, possa additare nella donna-stipite di quelle generazioni primordiali un valore morale, educativo e sociale molto superiore a quello della moglie di un patriarca poligamo. (1)

Ciò apparisce a chi consideri l'evoluzione della poliandria. Nel più vecchio sistema, quello del così detto tipo *nair*, la donna

(1) Mac Lennan, *Primitive marriages*. — Feder Engel, *Der Ursprung der Familie*. — G. Brandes, *On Mill's subjection of Women*. — G. A. Wilken, *Het Matriarchat, biji de onde arabieren*, Amsterdam 1887. — Robertson Smith W., *Kinship and Marriage in Early Arabia*. Cambridge, University Press, 1886.

restava presso il proprio popolo ricevendo da altre tribù seguaci ch'essa poteva lasciare a proprio piacere, tutti i nati appartenendo al ceppo della madre, e lo stesso diritto prevaleva nel matrimonio individuale del tipo *beera* a Ceylan dove la donna non prendeva che un solo marito. Ora in tuttociò si ravvisa piuttosto una soggezione dei mariti alla gente della donna che non personalmente a questa; che, anzi più tardi, nella prevalente poliandria del tipo tibetano *o'bal*, essa cominciò ad essere trasportata da un gruppo di mariti nella gente di questi ultimi come moglie comune e si trasformò così del tutto in essere posseduto da individui dell'altro sesso.

Certo è che nè nell'uno nè nell'altro tipo apparisce un carattere spiccato ed educativo di moglie e di madre in quel solo senso in cui noi sappiamo concepirlo.

413. — Perchè l'uomo che calcola le proprie donne istrumenti di lavoro e di piacere s'induca a farne le signore del proprio cuore ed a farle partecipare al governo della propria casa; perchè dal concetto della santità e della stabilità e degli scopi non più soltanto fisici del connubio, si sviluppi quello dell'adulterio e delle sue pene, bisogna che le società umane giunte al patriarcato, camminino molto ancora, ed i passi delle società umane hanno la lunghezza dei secoli. Pur qui apparisce la grandezza del matrimonio come fattore di civiltà: quei popoli che prima arrivarono o si avvicinarono al concetto della monogamia e del rispetto della donna, assursero tosto a tanto più alta potenza civile degli altri da divenirne ben presto o maestri o dominatori; poichè fra loro soltanto, la donna, divenuta veramente moglie, poteva essere efficacemente madre e prodigare ai figli gl' insegnamenti di quella scuola d'amore e di onestà che è tutta sua, che è la prima che si impara e l'ultima che si dimentica. Per virtù d'una relazione matrimoniale più perfetta di quella degli altri Asiatici, furono civili e potenti i Chinesi nell'estremo oriente; per virtù del matrimonio monogamo furono grandi i Romani nell' occidente; e quando per questi cominciò dopo le colpe della corruzione il periodo della decadenza, un popolo li vinse che aveva più d' ogni altro rispetto per il matrimonio, per la sua santità e per la sua purezza, un popolo, secondo il quale il marito e la moglie non formavano che « unum corpus unamque vitam »; e ben si può dire che alle due successive conquiste dell' Europa non ebbero

minor parte dei guerrieri le madri che li avevano educati, come a rendere effimera da Maometto in poi ogni potenza islamitica contribuì sopratutto la forza dissolvente della poligamia.

Molto deve il mondo moderno all' antico; nessuno potrebbe stimare abbastanza il valore delle lettere e delle arti greche, delle prose e delle leggi romane, ma maggiore di tutti questi retaggi come fattore e conservatore di civiltà è quel concetto eccelso del matrimonio che Roma lasciò al mondo cristiano, affidandoglielo come *consortium totius vitae, divini et humani juris communicatio.* Il risorgere della civiltà fra le tempeste del medio evo, le idealità della cavalleria, la venerazione e la divinizzazione della donna, non sarebbero stati concepibili in una società poligama; è solo nella famiglia monogama, vero infusorio della civiltà, che la società, affranta dalle proprie vicende, trova quel balsamo che la rigenera e la ritempra.

414. — Ma il matrimonio giunto a tale perfezione nel suo concetto intrinseco, è passibile ancora d' un ulteriore progresso nella sua genesi e nei suoi presidii. È ancora un contratto consensuale che la religione santifica nella essenza, ma che la forma della religione non disciplina; con lento procedere la Chiesa la avoca a sè e completa la propria opera nel Concilio di Trento. Così, solo fra i contratti, il matrimonio diventava sopratutto un istituto religioso e, contemporaneamente, per l'universale autorità della Chiesa, un istituto europeo.

Ma quando i congregati di Trento disciplinavano il matrimonio, già una parte d'Europa era sfuggita all'influenza della Chiesa, ed agli occhi dei protestanti il matrimonio riprendeva piuttosto il carattere di contratto civile, quantunque la benedizione nuziale restasse necessaria. La rinascenza filosofica frattanto cominciava pure con lenta pugna impegnata contro l'autorità religiosa a costringere l'influenza di questa entro confini sempre più ristretti; lo Stato si affermava; i suoi uffici sempre più complessi facevano diventare i suoi diritti sempre più manifesti e le sue pretese più ardite, finchè in quella riorganizzazione politica francese dove tutto fu nuovo: l' eguaglianza degli uomini ed il regime della proprietà, il culto della ragione e la dottrina del contratto sociale, il calendario ed il sistema dei pesi e delle misure, un nuovo istituto apparisce destinato a diffondersi lentamente nel mondo: il matrimonio civile.

Così mentre il matrimonio religioso avea creato un vincolo potenziale fra tutti gli uomini d' ogni razza e d' ogni terra adoranti lo stesso Dio, quello civile toglieva ogni ostacolo al matrimonio fra gli uomini di diversa fede e forniva un nuovo strumento ed un nuovo aiuto al conseguimento di quel fine massimo della storia che è, come dice il Maine, la *triturazione* della società.

415. — Ora, appunto perchè il matrimonio ci apparisce come una convenzione *sui generis* che interessa insieme cogli individui che lo contraggono, anche la società cui questi appartengono, e che riflette in sè lo stato intellettuale e psicologico di questa, è chiaro come tutte quelle diversità intrinseche ed estrinseche cui sono venuto accennando non siano già il risultato di capricci di legislatori, ma abbiano, nel momento in cui si presentano, qualche carattere di necessità; sarebbe assurdo concepire presso un antropofago la nostra costituzione della famiglia, come sarebbe assurdo immaginare fra tribù non ancora organizzate a Stato il matrimonio civile.

Inoltre devesi tener conto di una verità che è a giudizio di tutti un luogo comune, ma di cui non tutti tengono conto quando tratterebbesi di applicarla. I progressi materiali della civiltà si accumulano e si diffondono, e rispetto ad essi si può dire che il perfezionamento segni un indirizzo cronologico e facilmente divenga il patrimonio di tutta un'epoca e sia trasmesso da questa a profitto di tutti alle età successive che, senza perderne alcunchè, lo arricchiscono di nuovi trovati. È diverso invece il caso della vita morale; nè i miglioramenti del sentimento, nè le pure speculazioni del pensiero progrediscono di secolo in secolo e possono diffondersi con eguale prontezza di società in società; l'educazione morale di un popolo è più incerta e in ogni modo molto più lunga e difficile che non sia la sua educazione alle arti manuali ed alle applicazioni pratiche della scienza; basta un mese perchè un negro impari a maneggiare un fucile; forse basta un anno perchè sappia fabbricarlo; ma non basta un secolo perchè esso possa assimilarsi le idee, acclimatarsi all'ambiente morale di chi gli ha per primo rivelato il fucile; la stessa religione non sempre riesce a far di tali miracoli; basta confrontare per persuadersene il cristianesimo dell'Europeo e quello dell'Abissino.

Siccome il matrimonio si collega per tante guise colla costituzione politica, col progresso intellettuale, colla condizione con-

fessionale delle diverse società, con tutto ciò dunque che nella vita di un popolo è più intimo e meno atto a subitanee trasformazioni, così ne deriva la conseguenza che se v'ha istituto rispetto al quale ogni tentativo di diritto uniforme si presenti come una utopia e come una utopia pericolosa, questo istituto è il matrimonio.

Tutti coloro che pur aspirano alla unificazione del diritto internazionale si limitano in tale argomento ad invocare regole atte a dirimere i conflitti fra leggi che sono e si ritiene giusto ed utile che possano restare diverse. L'Arnzt alcuni anni or sono, (1) trattando di tale argomento per incidenza a proposito della immutabilità del regime coniugale, si limitava ad invocare una serie di « regole generali di diritto internazionale privato la cui uniformità e stabilità in presenza della moltiplicità delle relazioni e delle affezioni internazionali sono divenute un bisogno non meno vivamente sentito di quello delle comunicazioni postali e dei trasporti internazionali ». (2) A tale principio s'inspirava pure la proposta del Freeland alla conferenza di Liverpool del 1882; (3) ed a quello si ispirò più tardi il Garnier (4) invocando un tribunale internazionale che, mantenendosi la diversità dei vari diritti, fosse incaricato di indicare nei singoli casi concreti di qual diritto dovesse farsi l'applicazione. Lo stesso Lehr, che pur non ritiene il progetto di una legislazione uniforme « aussi chimérique qu'il pourrait « sembler à première vue », (5) pure riconosce che « d'une façon « générale la question de l'unification du droit civil n'est pas en- « core mûre » e reclama l'accordo degli Stati su alcune regole di diritto internazionale privato applicabili, come vorrebbe il Garnier, da un tribunale internazionale.

(1) *Revue de droit international et de Législation comparée*, vol. XII, n. 3, e *Cours de droit civil français*, 2. édit. Bruxelles, 1879, vol. III, pagine 545-552.

(2) V. anche Teichmann, *Ueber Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gazetzlichen ehelichen Güterrechts bei Wohnsitzwechsel*, Basel, 1879.

(3) *Association etc. Report of the tenth annual Conference held at Liverpool* 1882, London, Clowes, 1883, p. 143-154.

(4) *Aufzeichnungen betreffend die Eheschliessung von Ausländern in der Schweiz*, 1883 e *Internationales Eheschliessungsrecht in form rom aufzeichnungen betreffend die Eheschliessung von Ausländern in der Schweiz, Bern-Krebs*, 1885.

(5) Ernest Lehr, *D'un projet de réglement interndtional en matière de mariage. Revue de Dr. Int.*, 1885, p. 152.

Certamente questo mezzo di raggiungere l'armonia pare più pratico e più probabilmente sollecito, nel mentre non offende le prerogative e l'iniziativa sovrana dei singoli Stati in un punto così vitale della legislazione; e tutto tende a far manifesto quanto sia urgente che ad un simile mezzo si ricorra, poichè è ben naturale che quanto più agli individui si schiude un maggior numero di paesi senza che in questi si apra il varco all'azione delle loro leggi rispettive, tanto più i loro rapporti di diritto saranno complicati da conflitti.

416. — E tali conflitti sono tanto più numerosi nel periodo di transizione che stiamo attraversando, mentre cioè sono già andati o vanno scomparendo gli ostacoli materiali e giuridici che si opponevano al matrimonio di individui all'estero o con stranieri, senza che sia sorta ancora non pure una legislazione matrimoniale uniforme, ma nemmeno una serie di accordi od una pratica generale e costante circa il più o meno largo effetto estraterritoriale delle leggi dei singoli Stati che disciplinano il matrimonio.

Nei singoli Stati il progresso della civiltà è infatti contrassegnato dallo scomparire a grado a grado di tutti quegli impedimenti al matrimonio che son prodotti da motivi etnici o religiosi o politici, lasciando sussistere soltanto quelli consigliati all'uomo stesso da quei rapporti di parentela che son riconosciuti troppo intimi per lasciar germogliare nell'animo delle persone che ne sono legate appetiti sessuali e desiderio di unione matrimoniale.

Tale pare che sia stato, secondo il Morgan, il concetto informatore dei gruppi esogamici in molte società primitive; ma nel loro sviluppo posteriore l'esogamia e l'endogamia divennero più larghe e più complicate e mosse da diversi scopi a seconda dell'indole dei vari popoli e dello stadio del loro sviluppo storico. Nei *clans* e nelle tribù indiane trovansi già l'esogamia e l'endogamia non basate più sulla consanguineità immediata; il clan tutto intiero diventa un cerchio esogamico, la tribù un cerchio endogamico, sicchè il matrimonio non è più lecito nè in quello, per quanto numeroso, nè fuori di questa; la casta diventando una cerchia endogamica complica poi quegli impedimenti con un elemento religioso: e questi due principii operano più tardi in quasi tutte le società: le due cerchie non si rompono ma si allargano e l'originario impedimento derivante da consanguineità prossima e l'obbligatorietà di matrimonio fra i consanguinei re-

moti si sviluppano facendo di molti popoli altrettante cerchie endogamiche; e l'endogamia di quei gruppi che adoravano uno stesso nume si allarga col trionfo delle religioni universaliste in endogamia che abbraccia i soli seguaci di un culto sparsi per tutto il mondo ad esclusione dei credenti in un'altra fede.

417. — Così gli ebrei non potevano maritarsi con straniere e si sostenne anche che non potessero prendere moglie fuori della propria tribù; (1) gli Ateniesi proibivano i connubii fra cittadini e stranieri se non era stata ottenuta un'autorizzazione speciale; a Roma di regola le *justae nuptiae* non erano concesse nè agli stranieri nè a cittadini che sposassero straniere, ed anche quando l'eguaglianza dei diritti fu proclamata fra tutti gli abitanti dell'impero, restarono rigorosamente esclusi dal diritto di contrarre matrimonio con sudditi dell'impero gli stranieri propriamente detti; e gli imperatori Valentiniano e Valente punirono di morte i Romani che avessero sposata una donna barbara; la pena fu poi mitigata da Giustiniano, ma fu mantenuto il divieto. (2)

E divieti simili si mantengono tuttavia nelle leggi di popoli meno progrediti di noi: così il Codice Annamita (3) proibisce ad ogni Annamita di sposare una donna barbara sotto pena di cento colpi di bastone. In Francia prima della Rivoluzione vigeva la Dichiarazione del 1685 che esigeva il permesso del re per poter contrarre matrimonio all'estero sotto pena della confisca dei beni; e leggi bavaresi e würtemberghesi e grigione proibivano, ancora ai nostri giorni, il matrimonio all'estero ai sudditi senza un permesso speciale.

Mentre le leggi ponevano così ostacolo ai matrimoni di cittadini con stranieri per motivo della estraneità, altri ostacoli sca-

(1) Così il Verger: *Des mariages contractés en pays étranger*, II édit. Paris, Cabanon, 1883, pag. V; ma rispetto alla prima affermazione può osservarsi non essere vera che rispetto allo stadio ultimo della loro storia: e la seconda ipotesi si nega da molti invocando le origini narrate dalla Bibbia per affermare che le singole cosidette *tribù* corrispondevano ad altrettanti *clans* della medesima *tribù* che era la nazione intera. — V. Lyall, *Études sur les moeurs politiques et sociales de l'extrême Orient*, p. 362, n. I. Paris Thorin, 1885.

(2) *Instit*, Lib. I, Tit. 10, *De nuptiis*, *C. Theod.*, II, XIV, *De nuptiis gentilium*: *Cod. Theod.*, *cum. comm.* Gothofredi; Lugduni, 1665. — Huguetan et Ravaud, vol. I, p. 306.

(3) *Code Annamite: lois et réglements du royaume d'Annam traduit du texte chinois original par* G. Aubaret, 2 vol., 1877, l. V, Sez. XVI.

turivano, dalla ripugnanza alle unioni fra persone di diversa fede, ed indirettamente vietavano in ogni paese di contrarre matrimonio coi nazionali, anche a quelli stranieri di diversa fede cui ciò non sarebbe stato vietato nella loro qualità di stranieri. Il Corano (1) proibisce le unioni fra pagani e mussulmani; la Chiesa cattolica non riconosce il matrimonio fra cristiani e non cristiani e trasmette fino ad epoca recente le proprie norme a tutti gli Stati d'Europa e d'America; la Chiesa greca respinge pure il matrimonio d'un suo seguace con un non cristiano e le leggi dei paesi che le appartengono ne sanciscono la proibizione; (2) e gli Stati protestanti mantengono lungamente la stessa proibizione, che la legge svedese tolse soltanto il 20 gennaio 1883.

Altri ostacoli sorgevano altrove dalla razza e dal colore, indipendentemente dalla sudditanza e dalla fede; era generale nelle colonie quella proibizione del matrimonio fra bianchi, neri e mulatti che la Francia tolse colla legge del 24 aprile 1833 concedente i diritti civili e tutti gli uomini liberi, e con quella del 27 aprile 1848 sopprimente la schiavitù, ed abbiamo notato (3) come non dovunque negli Stati Uniti sia scomparsa ogni traccia di tale divieto.

418. — I principii e le tendenze prevalenti nelle società moderne le inducono ad abbattere tutte queste barriere ed a ridurre gli impedimenti al matrimonio a quei termini minimi, naturali ed originarî che sono i gradi più prossimi di consanguineità; ma tale procedimento di eliminazione, mentre segna un progresso notevole, agisce in doppio senso ad aumentare i conflitti e a complicare le difficoltà nel campo del diritto internazionale privato. Quegli ostacoli frapposti al matrimonio di certe categorie di persone non scompaiono dovunque ad un tempo nè dovunque nello stesso grado, e mentre uno Stato ha già compiuta tutta l'evoluzione nell'indirizzo moderno della libertà individuale, un altro aderisce ancora in tutto od in parte agli antichi e tradizionali divieti. Nel tempo stesso lo scomparire od il diminuire di questi rende più facili i matrimoni fra persone di diversa nazionalità; e l'in-

(1) *Corano, Sura*, 24.

(2) C. C. Serbo, art. 60: « Il matrimonio è un atto essenzialmente religioso »; art. 69 e 79. « Il matrimonio fra cristiani e non cristiani è proibito e colpito di nullità assoluta ».

(3) V. vol. II, parte I, pag. 138.

cremento e la rapidità delle vie di comunicazione, l' emigrazione ed i commerci vi porgono più frequente occasione.

Così d'un lato la frequenza di tali matrimoni pone ad ogni istante di fronte più leggi regolanti diversamente la validità intima e le forme estrinseche dei matrimoni ed una delle quali deve imperare in un territorio a scapito dell'altra, col pericolo di non veder riconosciuti nel territorio di questa gli effetti del proprio impero; dall' altro il non scomparire uniforme di quelli ostacoli giuridici artificiosi ed eccezionali combinato coi rapporti di fatto resi sempre, più facili ed operosi, complica singolarmente l' elemento della capacità e tende ad aumentare ed a rendere più gravi i casi di conflitto. Perciò lo studio dei conflitti nel campo del diritto matrimoniale ha nel nostro tempo una peculiare importanza: ci troviamo davanti ad una condizione reale di cose cui non corrisponde ancora un opportuno regolamento giuridico; i matrimoni di cittadini all'estero, i matrimoni con stranieri, e quelli fra stranieri al paese dove si sposano ed appartenenti a diverse nazionalità, sono rapporti essenzialmente internazionali; il regolamento di questi rapporti è ancora quasi universalmente nazionale; i criteri di diritto internazionale privato adottati dalle varie legislazioni non corrispondono e non armonizzano fra loro; a tanta internazionalità di rapporti (1) fa contrasto l'egoistica nazionalità del loro regolamento; ufficiali di un paese celebrano il matrimonio di uno straniero senza preoccuparsi della sua legge nazionale; e quest' ultimo vede pertanto il matrimonio che ha celebrato in un paese dichiarato sovente nullo in un altro.

Frattanto la statistica prova che i conflitti in tale materia aumentano di giorno in giorno, sicchè nell' inaugurare la conferenza di Londra del 1879 il Phillimore (2) doveva confessare: « È con rammarico e con vergogna che esprimo l' opinione, essere il diritto e la pratica internazionali odierni riguardo al matrimonio degli stranieri, *a disgrace to Christendom* ». E notando che un tribunale giudica la capacità secondo la legge del domicilio, un altro secondo quella della nazionalità, un terzo secondo quella del *locus contractus;* che del pari discordano circa l'estensione e la territorialità dello statuto delle forme, e che figli legittimi

(1) Beach Lawrence, L. c., vol. III, p. 336 e 343 e segg.
(2) *Association etc. Report of the seventh etc.*, pag. 29.

in un paese non lo sono in un altro, deplorava che per tal guisa la santa condizione del matrimonio restasse indebolita, ed invocava una regola generale che servisse ad impedire che « un matrimonio possa essere valido a Dover e nullo a Calais ».

419. — Per considerare rettamente tali conflitti, indagare se esista un modo attuabile di dirimerli ed una tendenza ad adottarlo, giova prendere in esame particolarmente le varie parti del diritto matrimoniale in cui si manifestano e studiare prima il mutamento di stato nella sua validità intrinseca, poi nei fatti esterni che le producono, per volgere successivamente l'esame agli effetti che ne derivano sulla nuova condizione dei coniugi e sui loro rapporti personali ed economici, e trattare da ultimo dello scioglimento del vincolo matrimoniale, delle cause che possono produrlo e degli effetti che alla loro volta ne derivano.

Per quanto riguarda la capacità, basta considerare quanto diverse siano le singole disposizioni legislative per comprendere quanto urgente sia un accordo fra le nazioni per l'adozione di una norma comune di competenza. V'ha un'età prima della quale le leggi dichiarano illecito il matrimonio e ve n'ha un'altra fino alla quale, indipendentemente dalla maggiorità, si ritiene necessario il consenso dei genitori: ma i vari diritti non si accordano nè sulla determinazione della prima, nè sulla stessa esistenza della seconda.

Il Codice italiano dispone (1) che « non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto e la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici » e che (2) « Il figlio che non ha compiuto gli anni venticinque, la figlia che non ha compiuto gli anni ventuno non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre e della madre ». Tali disposizioni sono identiche a quelle degli articoli 144 e 148 del Codice francese; ma questo, a differenza del nostro, impone (3) che i figli maggiori di anni venticinque e le figlie maggiori di anni ventuno « prima di contrarre matrimonio debbano chiedere con un atto rispettoso e formale il consiglio del padre e della madre loro, ecc. ». « Fino all'età di trent'anni compiti per i maschi e di venticinque anni compiti per le femmine, l'atto rispettoso prescritto dall'articolo precedente, se non sarà susseguito dal consenso al matri-

(1) All'art. 55. — (2) All'art. 63. — (3) All'art. 151.

monio, dovrà rinnovarsi altre due volte di mese in mese e, scaduto un mese dopo il terzo atto, si potrà passare alla celebrazione del matrimonio (1). Dopo l'età di trent'anni, mancando il consenso ad un atto rispettoso, si potrà, un mese dopo, passare alla celebrazione del matrimonio ». Tali disposizioni sugli atti di rispetto si trovano riprodotte nel Codice belga, ma non nel Codice italiano.

Ma mentre il Codice francese (2) fa subentrare gli avi e le avole nel diritto di consenso dei genitori defunti ed obbliga i figli (3) a rivolgere a loro gli atti rispettosi, il Codice italiano (4) limita il bisogno del consenso degli avi ai minori degli anni ventuno. In questo senso nell'isola di Maurizio, dove vige il Codice francese, l'Ordinanza n. 25 del 1882 per facilitare i matrimoni modificò l'articolo 150 del Codice civile, disponendo all'articolo 10: « Ogni individuo di sesso maschile il cui padre e la cui madre legittimi sono morti o nell'impossibilità di manifestare la propria volontà, può contrarre matrimonio senza il consenso di chicchessia purchè abbia compiuto i venticinque anni ». (5)

420. — In Inghilterra possono contrarre matrimonio l'uomo di quattordici anni e la donna di dodici, (6) ed alcuni canonisti vi hanno perfino sostenuto che un matrimonio non è assolutamente nullo se non quando uno dei coniugi ha meno di sette anni; (7) dopo compiuto il ventesimo anno, a differenza di quanto si vuole dalle leggi sovraccennate, nessun atto di consenso da parte dei genitori è reputato necessario.

Il diritto spagnuolo ha le stesse disposizioni riguardo all'età, disposizioni che hanno comune con quelle inglesi l'origine canonica; ma esso differisce, nonchè dalle precedenti, anche dall'inglese in ciò che il consenso dei genitori è richiesto per il matrimonio dei figli minori di ventitre anni e delle figlie minori di venti. (8) Il Portogallo esige invece assolutamente il consenso dei genitori

(1) All'art. 152. — (2) Art. 150. — (3) Art. 151. — (4) Art. 64.

(5) *Annuaire de législation étrangère,* 1883, pag. 1114.

(6) Pavitt, *Le droit anglais codifié,* Paris, Chevalier Marescq, 1885, pag. 17.

(7) Lehr, *Éléments de droit civil anglais,* Paris 1885, Laroze et Forcel, pag. 45.

(8) Deglin, *Étude sur le contrat de mariage,* Paris, Marchall Billard, 1883, pag. 46, e Lehr, *Éléments de droit civil espagnol,* Paris, Larose, 1880, pag. 74.

fino al ventunesimo anno; del resto i limiti di età sono identici a quelli del diritto spagnuolo. (1)

Il diritto germanico (2) vieta il matrimonio senza dispensa agli uomini minori di venti anni ed alle donne minori di sedici; il consenso dei genitori è richiesto fino ai venticinque anni per gli uni e fino ai ventiquattro per le altre; ma il maggiore di ventun anni può ricorrere alla magistratura contro il divieto dei genitori.

In Austria l'età minima alla quale si può contrarre matrimonio è fissata per entrambi i sessi a quattordici anni; i minori di ventiquattro anni devono ottenere il consenso dei genitori; (3) dopo raggiunta tale età non si richiede verun atto di rispetto.

Nei Paesi Bassi (4) si richiedono diciotto anni per gli uomini e sedici per le donne; fino alla maggiore età, che si compie a ventitre anni, è assolutamente necessario il consenso dei genitori; e per il maggiore di età che non abbia ancora raggiunto il trentesimo anno continua l'obbligo di richiedere quel consenso, ma egli può in caso di rifiuto ricorrere al giudice del mandamento; dopo trascorsi tre mesi dalla comparsa dei genitori davanti a quello il matrimonio può essere celebrato anche se essi persistono nel proprio rifiuto. (5)

Nella Svizzera dopo aver raggiunta la maggiore età, che si compie a venti anni, nessun consenso di genitori nè atto rispettoso da parte dei figli si richiede perchè questi possano contrarre matrimonio. (6)

In Svezia non può maritarsi nè l'uomo minore di ventun anni nè la donna minore di quindici; il re può dispensare però per gravi motivi l'uomo che abbia compiuti i diciotto anni; la donna minore di venticinque anni deve ottenere il consenso del padre o dello *sponsor* (tutore matrimoniale avente il diritto di disporre della sua mano). (7)

(1) Cod. Civ. Port., art. 311, 1058, 1061, 2.

(2) V. Legge federale del 6 febbraio 1875, art. 28.

(3) Codice civile austriaco, §§ 49, 160, 162 e 183.

(4) Cod. civ., art. 86.

(5) Art. 99-104.

(6) Glasson, *Le mariage et le divorce*, Paris 1880, pag. 384.

(7) D'Olivecrona, *Le mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger — Journal de droit international privé*. 1883, pag. 346-7.

In Russia finalmente possono maritarsi gli uomini di diciotto anni e le donne di tredici, gli uomini di quindici e le donne di tredici nella regione del Caucaso; nessuno può maritarsi senza l'autorizzazione dei genitori, ma questi non possono negare il proprio consenso ai figli maggiori se non in alcuni casi previsti dall'articolo 70 della legge ecclesiastica del 1832; e nei governi Tchernigow o di Poltava e nelle Provincie Baltiche è ammesso in ogni caso il ricorso all'autorità giudiziaria.

421. — Ma oltre a differire circa il limite minimo di età prima del quale non è lecito unirsi in matrimonio, le legislazioni diversificano circa molti altri elementi e condizioni speciali di capacità. La Russia proibisce il matrimonio a chi ha compiuto l'ottantesimo anno; (1) inoltre vi è proibito di prendere moglie per la quarta volta.

Molte leggi comminano esplicitamente od ammettono implicitamente la nullità dei matrimoni dei sacerdoti cattolici; così la Francia, la Spagna (2) e l'Austria, colla differenza che nel secondo di questi paesi l'impedimento dura anche per quel sacerdote che dichiarasse di aver abiurato la fede cattolica, mentre nel primo cessa colla conversione del sacerdote ad una confessione diversa; nel terzo tale cessazione era sancita nello stesso caso da un progetto di legge adottato nel 1876 dalla Camera dei Deputati e respinto l'anno successivo dalla Camera dei Signori.

In Italia nel silenzio del Codice la giurisprudenza e la dottrina si dividono: gli uni dicono che gli impedimenti al matrimonio costituendo una incapacità, e non potendosi secondo l'articolo 4 le incapacità statuire se non per legge, non si deve nel silenzio della legge fare dell'ordine sacro un impedimento; altri invece dicono che riconoscendosi dall'articolo 1 dello Statuto, la Chiesa cattolica come sola religione dello Stato, questo ne riconosce implicitamente anche le discipline e si obbliga a non fornire ai proprî sudditi aderenti a quella Chiesa il mezzo di poterle legalmente infrangere. (3)

(1) Lehr, *Élément de droit civil russe*, Paris, Plon, 1877, p. 19. Il Verger – L. c., p. 106 – dice che « la loi russe prohibe le mariage après quatrevingtdix ans révolus », ma evidentemente erra di dieci anni.

(2) Decreto del 9 febbraio 1875, art. 16, ap. Verger, p. 99.

(3) Alianelli, *Il matrimonio civile e gli impedimenti canonici*. Napoli, 1871, e Lomonaco, *Istituzioni di dir. civ.* vol. I, pag. 172 e n. 3 e pagina 173 e n. 1.

Non è ora nostro compito indagare quale delle due versioni debba ritenersi preferibile; basti constatare che la prima trova appoggio notevole nella nostra giurisprudenza, (1) sicchè anche rispetto all' impedimento derivante dall' ordine sacro troviamo nel diritto positivo tre gradazioni: quella di chi l' ammette, quale lo vuole la Chiesa, assoluto e perpetuo, quella di chi lo riconosce fino all'abiura del sacerdote, e quella che non lo riconosce punto.

422. — Nè meno varî sono i concetti prevalenti e le leggi in cui quelli si incarnano circa la poligamia; una legge ammette il matrimonio indissolubile ed in ogni coniuge divorziato e rimaritato durante la vita del primo coniuge ravvisa un bigamo; una altra ammette che il vincolo matrimoniale possa rompersi legalmente mediante il divorzio; un' altra senza bisogno di divorzio ritiene lecita la poligamia.

La promessa di matrimonio, secondo il nostro Codice, (2) non produce obbligazione legale di contrarlo nè di eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di inadempimento della medesima e soltanto quando concorrano le condizioni dell' art. 54 (3) la parte colpevole deve risarcire all' altra le spese fatte per causa del promesso matrimonio; in ogni modo gli sponsali non pongono verun ostacolo nè ritardo alla conclusione di un altro matrimonio; tale è anche la soluzione della giurisprudenza francese. In Spagna invece fu accolta la dottrina canonica secondo la quale gli sponsali formano per ciascuna delle parti un impegno reciproco di adempiere la promessa quando ne sarà richiesta dall'altra parte, e costituiscono un impedimento proibitivo opponentesi a ciò che gli autori della promessa possano, finchè essa sussiste, maritarsi ad un' altra persona. Il diritto spagnuolo ammette però tutta una

(1) Corte di cassazione di Napoli, 27 aprile 1882, ap. Lomonaco.

(2) Art. 53.

(3) Art. 54: Se la promessa fu fatta per atto pubblico o per scrittura privata da chi sia maggiore di età o dal minore autorizzato dalle persone il concorso delle quali era necessario per la celebrazione del matrimonio, oppure consta dalle pubblicazioni ordinate dall'ufficiale dello Stato Civile, il promettente che ricusi di eseguirla senza giusto motivo è obbligato a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio. La domanda non è però più ammissibile dopo un anno dal giorno in cui la promessa doveva essere eseguita.

serie di scuse per esentare i fidanzati dagli obblighi derivanti dagli sponsali. (1)

In Inghilterra la promessa di matrimonio non autorizza la parte ingannata a domandare ai tribunali che costringano la parte mancante all'adempimento, ma le dà però un titolo a domandare un'indennità, e la misura di questa non si limita come in Francia alle proporzioni del danno emergente, non è determinata neppure dal danno materiale in genere, ma si estende anche al pregiudizio morale; e mentre tali obblighi non derivano in Inghilterra che da una promessa esplicita, essi sono prodotti in Scozia anche da una promessa implicita nel fatto della seduzione. (2)

Lo stesso obbligo dell'indennità è ammesso pure dal diritto prussiano, (3) ed a dimostrare quanto sia diverso dal nostro il concetto germanico degli sponsali, basti notare che i figli nati prima del matrimonio, ma dopo regolari sponsali, sono ancora assimilati per lo più ai figli legittimi e che il Codice sassone (4) in ciò d'accordo con quello di Vaud (5) assimila ai figli legittimi quelli concepiti prima e nati dopo gli sponsali.

423. — Quantunque concordi tutte le legislazioni nel concetto che debba proibirsi il matrimonio fra persone trovantesi in certi gradi intimi di parentela e di affinità, esse differiscono poi notevolmente nel determinare tali gradi, se si eccettui la loro unanimità nel riprovare il matrimonio fra ascendenti e discendenti e fra fratelli e sorelle; e tali diversità si riscontrano sovente anche fra diritti che hanno la massima analogia di origini e di tradizioni. Così gli articoli 5 e 6 del capo II, del titolo *Sul matrimonio* nel Codice svedese del 1736 proibivano, pur ammettendo la possibilità di una dispensa, il matrimonio fra affini in linea collaterale fino ad

(1) Lehr, *Dr. Esp.*, p. 60,1 n.° 69: « Le fiançailles se rompent: 1. Par consentement mutuel. 2. Par le mariage de l'une des parties, ou son entrée dans les ordres ou en religion. 3. Par le fait d'une maladie durable (duradera) d'une des parties qui soit contagieuse, qui la défigure ou qui la rende impropre au mariage. 4. Par son absence de telle sorte que l'on ne sache où elle se trouve et qu'on ait perdu l'espoir de la voir revenir. 5. Par des rélations intimes entretenues par l'une des parties avec une autre personne.

(2) Lehr, *Élém. de Dr. Civ. anglais*, p. 50. — Pavitt, *Droit anglais codifié*, p. 67-8.

(3) *Landr. Pruss.* II, 1, § 91, 112. 114.

(4) Art. 1578. — (5) Art. 181.

un certo grado; la legge del 24 maggio 1872 abolì in Svezia tale impedimento; ma nella Finlandia esso non fu tolto che dalla legge del 18 settembre 1882. (1) Secondo il diritto inglese l'unione d'un vedovo domiciliato in Inghilterra colla sorella della moglie defunta è assolutamente nulla, (2) ma nel Canadà la legge 42 della Sessione del 1882 abolì tale restrizione. (3) Tale proibizione è invece mantenuta dall'articolo 162 del Codice civile francese, l'articolo 163 del quale aggiunge la proibizione delle unioni fra zii e nipoti; però l'articolo 164 permette al Governo di dispensare per cause gravi dalla proibizione relativa a quest'ultimo caso e la legge del 16 aprile 1832 che la modifica, estende la stessa facoltà del Governo anche al caso contemplato nell'articolo 162. Analoghe sono le disposizioni degli articoli 59 e 68 del Codice italiano e degli articoli 87 e 88 di quello dei Paesi Bassi.

In Germania invece nulla si oppone al matrimonio fra affini in linea collaterale a qualunque grado di prossimità e lo stesso può dirsi della Svezia; (4) in Austria invece non solo è proibito il matrimonio fra cognati, ma anche quello fra cugini. (5) Lo stesso divieto vige anche in Ispagna dove è pure vietato non solo il matrimonio fra gli affini in linea retta all'infinito, ma anche quello fra gli affini in linea collaterale fino al quarto grado. (6)

424. — Alcune legislazioni fanno un impedimento al matrimonio delle relazioni adulterine esistite prima fra l'uomo e la donna che vorrebbero sposarsi; tale è la disposizione degli articoli 67, 68 e 119 del Codice austriaco, dell'articolo 6, n. 7, della legge spagnuola del 1870, dell'articolo 89 del Codice dei Paesi Bassi e del § 11 del capo II del Codice svedese del 1734. Altre leggi non contengono una simile disposizione: così il diritto inglese, pur ammettendo che un sacerdote della Chiesa Anglicana non possa essere

(1) *Annuaire de législat. étrang.*, 1883, pag. 891.

(2) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 48.

(3) *Annuaire de lég. étrang.*, 1883, pag. 1034, art. 1: « Le leggi che proibiscono il matrimonio fra un uomo e la sorella della moglie defunta di lui, sono abolite dalla presente tanto riguardo ai matrimoni già contratti come riguardo a quelli che saranno contratti in avvenire; ed in quanto si riferisce ai matrimoni già contratti, come se quelle leggi non fossero mai esistite ».

(4) Weiss, *Tr. de Dr. Int. Privé*, pag. 630, Paris, Larose et Forcel, 1886.

(5) Cod. Civ. austr., § 65, 6.

(6) Legge del 1870, art. 6, n. 1 e 2, ap. Lehr, *Dr. Civ. esp.*, pag. 75, 6.

costretto a celebrare le seconde nozze fra il divorziato per causa d'adulterio ed il suo complice, riconosce che essi hanno il diritto di unirsi in matrimonio. (1)

Tale diversità fra le leggi che pongono ostacolo al matrimonio fra gli adulteri e quelle che non vi oppongono alcun divieto, dipende dal diverso indirizzo che prende presso l'uno o l'altro legislatore lo stesso sentimento morale. Tutti ritengono una colpa l'adulterio e credono un bene per la società che esso non si verifichi; ma gli uni, vedendo nel successivo matrimonio il premio di un amore colpevole, lo vietano per togliere a quest'ultimo un incoraggiamento; gli altri, ravvisandovi un modo di riparare alla propria colpa, di far diventare leciti i propri rapporti e di far pertanto scomparire l'adulterio, incoraggiano quella unione: ed è naturale che a soluzioni così opposte i vari diritti aderiscano con tanto maggior tenacia quanto maggiormente credono che la regola rispettivamente prescelta meglio corrisponda alla tutela dell'ordine e della moralità la cui custodia sociale è loro affidata.

425. — Tali disposizioni relative alle condizioni personali che le leggi possono imporre come necessarie alla validità intrinseca dei matrimoni, sono dunque così varie a seconda delle varie legislazioni, da potersi dire che ben difficilmente possa un individuo celebrare un matrimonio al di là dei confini, qualunque sia il paese a cui appartenga, senza che si sollevi un conflitto di diritto privato fra due paesi, se fra le leggi di questi non sia stato scelto prima per tali casi un criterio comune di competenza.

Quali siano le tendenze della scienza rispetto a tale scelta nei vari paesi risulta abbastanza chiaramente da quanto dissi altrove e che ora basterà soltanto ricordare. (2) La dottrina che prevale nel continente d'Europa è quasi unanime nell'ascrivere tale argomento allo statuto personale intendendo in sempre maggiori proporzioni per tale non già la legge del domicilio, ma quella nazionale. « Ce n'est pas en effet le domicile, dice il Bard, (3) c'est, « comme nous l'avons vu, la nationalité qui détermine l'état et « la capacité des individus, et cette règle générale est particuliè-

(1) Stat. 20 e 21 Victoria, c. 85, § 57 ap. Lehr, *Dr. Civ. angl.*, pag. 49.
(2) Vol. I, pag. 87, 153, 204, 205, e vol. II, pag. 241 e segg.
(3) Bard, *Précis de droit international pénal et privé*, Paris, Thorin, 1883, pag. 200, 1.

« rement aisée à défendre en matière de mariage. L'association des « existences pour une durée indéfinie, la situation qui en résulte « pour les époux vis-à-vis l'un de l'autre et vis-à-vis des tiers, « la condition et les droits que l'union conjugale entraîne éven- « tuellement pour les enfants, l'influence qu'elle peut exercer « sur le régime des biens et des obligations, tout cela diffère « beaucoup des éléments et de la portée des contrats ordinaires, « où la loi n'a guère d'autre but que de faciliter la manifestation « de la volonté des contractants et d'en assurer la sanction. L'in- « stitution du mariage et celles qui s'y rattachent, forment une « partie considérable de l'organisation sociale d'un pays; et les « citoyens de ce pays ne peuvent, fussent-ils domiciliés à l'étranger, « enfreindre les lois organiques de la société nationale, ni établir « dans cette société, dont ils sont toujours membres, un ensemble « de rapports juridiques contraire aux vues du législateur sur la « constitution des familles. Il faut en conclure qu'en matière de « mariage plus encore qu'en toute autre, l'état et la capacité des « personnes sont exclusivement gouvernés par la loi du pays « auquel appartiennent ces personnes ».

La dottrina prevalente nei paesi di diritto anglo-sassone si riassume nella proposta fatta da sir Roberto Phillimore alla Conferenza di Berna del 1880: « Che in questo contratto dei contratti, il matrimonio davanti ad un ufficiale civile secondo le forme e nei termini prescritti dal diritto civile del paese dove è celebrato, debba essere riconosciuto dovunque come valido ». (1)

Ma e nell'uno e nell'altro campo non manca qualche voce discorde da quella che rispettivamente vi prevale. Nell'Europa continentale taluno, conscio dei molti elementi di ordine pubblico che si complicano coll'elemento personale della capacità, o sedotto dal l'esempio di quei regolamenti alternativi o territoriali adottati da varie leggi per la capacità nei rapporti contrattuali, propende per la soluzione del Phillimore: così il Koenig in uno studio recente si pronuncia in favore della *lex loci contractus*. (2) Altri invece nella stessa Inghilterra riconoscono l'intima personalità di quanto concerne lo stato e la capacità della persona e li vogliono rego-

(1) *Association's Report for* 1880, pag. 152.

(2) Koenig, *Conflicte der Ehegesetzgebung* nella *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 27, n. 1, pag. 1-32.

lati anche in questo argomento dalla legge nazionale ad esclusione di quella stessa del domicilio. « Si je me souviens biens, dice il « Pavitt, (1) la jurisprudence anglaise est une relique des temps « de la feodalité. C'est en vain que je me suis demandé et que je « me demande toujours le rapport existant entre état et capacité « d'une part et domicile de l'autre part ».

Prima di esaminare se ed in qual proporzione esista o tenda a svilupparsi un accordo fra gli Stati rispetto all'adozione di una norma di scelta e di applicazione della legge, non era inutile accennare a questo stato della dottrina scientifica che non ci presenta l'unanimità nemmeno quando la si consideri singolarmente nelle due grandi partizioni geografiche in cui si può distinguerla: poichè è questo un effetto necessario del duplice aspetto sotto cui si presenta il diritto matrimoniale; il rapporto che esso regola e gli effetti che esso produce sui coniugi e sulla prole tendono a presentarcelo come il prodotto per eccellenza della personalità, mentre le relazioni fra la famiglia e la società tendono a farvi riconoscere come prevalente l' elemento territoriale.

426. — Se dall' esame delle soluzioni dottrinali passiamo a considerare quelle del diritto positivo, vediamo riprodursi le medesime divergenze, concretarsi cioè in tutti i suoi particolari un quadro del quale i divari dottrinali accennati possono considerarsi come rappresentanti le grandi linee. E lo stato del diritto positivo corrisponde a quello della trattazione scientifica anche in ciò, che, tanto in quello come in questa, ad una prima distinzione fra le varie leggi fondata sui criteri fondamentali e generici di competenza legislativa da esse adottati per regolare la validità intrinseca del matrimonio in generale e particolarmente la capacità delle parti, si aggiunge la necessità di fare altre numerose distinzioni anche fra leggi che adottano lo stesso criterio generico, a seconda che alle esigenze dell'ordine pubblico vi viene riconosciuta maggiore o minore estensione e che perciò l'elemento territoriale vi riacquista nelle particolarità più o meno di quanto vi perde nel regolamento generale dell'istituto. Ora a tutte queste distinzioni corrispondono altrettante cause di conflitti ed altrettante necessità ed occasioni di accordi; distinzioni, conflitti ed occasioni di accordi che importa per istudio di chiarezza considerare separatamente; esaminando

(1) L. c., pag. 16.

prima in quanto armonizzino o no i varî diritti nell' adozione di un criterio di competenza generica circa il regolamento della capacità a maritarsi, e successivamente in quanto armonizzino o no in quelle restrizioni al principio personale che si definiscono sinteticamente sotto il nome di impero dell'ordine pubblico. Rispetto alla prima parte le legislazioni possono distinguersi in due gruppi. (1)

427. — Il Codice francese fu la prima fra le legislazioni moderne che abbia adottato esplicitamente il principio generico della personalità basandola sulla legge nazionale: l'articolo 170 vi dispone: « Il matrimonio contratto in paese straniero tra francesi o tra un francese ed una straniera sarà valido purchè il francese non abbia contravvenuto alle disposizioni del capitolo precedente ». (2) Rispetto agli stranieri in Francia la giurisprudenza applica l'articolo 170 come l'articolo 3 del Codice civile nel senso di riconoscere a profitto di quelli lo stesso principio di personalità che viene sancito rispetto ai Francesi che abitano all'estero; intendendo come elemento della validità intrinseca anche la necessità del consenso dei genitori in quanto sia richiesta dalla legge personale.

Le opposizioni da parte di quelli dovranno essere fatte nelle forme prescritte dall'articolo 176 del Codice civile, poiché trattasi di un modo di procedere in Francia per arrivare alla constatazione di un atto che deve essere ricevuto da pubblici ufficiali determinati dalla legge francese; il giudizio su quelle opposizioni dovrà emanare in ogni modo dai tribunali francesi che hanno la esclusiva competenza a fare ingiunzioni agli ufficiali dello Stato civile in Francia; a quelli spetterà il decidere se debbano soprassedere fino alla decisione di questioni pregiudiziali da parte di altre giurisdizioni, restando sempre dipendente da loro l'azione dell' ufficiale dello stato civile; ma il giudizio sull'essenza di tali eccezioni d'ordine personale deve inspirarsi, sempreché l'ordine pubblico francese non esiga per eccezione il contrario, alle disposizioni della legge nazionale della parte o delle parti. (3)

A tale principio si ispira la circolare del 10 marzo 1883 del ministro della giustizia Martin Feuillé ai procuratori generali, rela-

(1) V. vol. II, parte I, pag. 241 e seg.

(2) Cioè il titolo V, capitolo primo: « Delle qualità e condizioni necessarie per contrarre matrimonio ».

(3) Féraud-Giraud, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre époux étrangers*, § 3, a.

tiva ai matrimoni degli Italiani in Francia. Ricordate le disposizioni del Codice italiano diverse da quelle del Codice francese in quanto si riferisce agli atti rispettosi, egli dichiara inutile esigerne la prova da parte di sudditi italiani, maggiorenni nei riguardi del matrimonio, che vogliano maritarsi in Francia: e nel tempo stesso spinge il rispetto alle leggi personali fino ad esigere la prova delle pubblicazioni prescritte dall'articolo 100 del Codice italiano. Analogo scopo ha un'altra circolare dello stesso ministro inviata ai procuratori generali il 2 agosto 1884 circa il matrimonio degli Svizzeri in Francia dove, dopo aver notato che alcuni uffici dello Stato civile esigono da quelli come dai Francesi la presentazione di un atto notarile constatante il consenso dei genitori o gli atti di decesso di questi ed anche talora quelli degli avi, soggiunge: « La capacité « requise pour contracter mariage tient au statut personel; elle est « réglée par la loi de chaque pays. Or, contrairement au Code ci- « vil, la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 dispose que les « Suisses âgés de vingt ans révolus, peuvent valablement contra- « cter mariage sans le consentement de leurs ascendants ou tuteurs. « J'estime donc qu'il n'y a pas d'intérêt sérieux à imposer aux « Suisses des formalités inconnues à la législation fédérale et qu'ils « n'auraient pas à remplir s'ils se mariaient dans leur pays » (1). Il richiedere per converso il certificato delle pubblicazioni fatte in Italia agli Italiani è tanto più notevole inquantochè tale prescrizione del Codice italiano non è di quelle imposte sotto pena di nullità nè dal Codice italiano nè dalla giurisprudenza francese. Quest'ultima è infatti costante nel senso che la mancanza di atti rispettosi non valga a far annullare un matrimonio contratto all'estero da un francese quando il consenso degli ascendenti non era necessario per la celebrazione del matrimonio, e che le pubblicazioni prescritte dall'articolo 65 del Codice francese non siano uno degli elementi della pubblicità in mancanza della quale l'articolo 191 autorizza ad annullare il matrimonio. (2)

La giurisprudenza francese riconosce dunque la personalità della capacità personale: non esige negli stranieri che vogliono maritarsi in Francia più di quanto richiede la loro legge nazionale

(1) *Journal de Dr. Int. Privé,* 1884, pag. 567-8.

(2) Trib. della Senna, 1ª Camera, 22 febbraio 1883. Deyme c. Deyme, *Journ. de Droit Int. Privé,* 1883, pag. 397-8 e v. capit. seg.

e non domanda ai Francesi che vogliono maritarsi all'estero più di quanto sarebbe strettamente richiesto dalla legge francese se il loro matrimonio seguisse in Francia. Così la sentenza della Corte di Parigi del 28 febbraio 1881 nella causa Beaudemon de Lamaze contro suo figlio (1) decidendo che un matrimonio contratto all' estero conformemente alle leggi del paese da un maggiore di venticinque anni dopo atti rispettosi non è viziato da clandestinità per il fatto che la celebrazione all'estero ebbe per iscopo di sfuggire agli effetti di una opposizione. Le sentenze francesi che considerano nullo il matrimonio di un francese incapace celebrato all' estero senza la dispensa od il consenso necessari secondo la legge francese, e quelle che riconoscono come valide le unioni avvenute all'estero fra francesi che sarebbero stati incapaci secondo il diritto straniero, ma che erano capaci secondo il diritto francese, sono tutte applicazioni di quello stesso principio. (2)

Agli stessi criteri (3) s'era informata una sentenza della Corte di Parigi del 16 maggio 1846, che pronunciò la nullità del matrimonio contratto in Francia fra un cappucino spagnuolo ed una francese, giudicando che la fuga di lui su suolo straniero non potesse dargli una capacità negatagli dalle leggi del suo paese. (4) Tale sentenza sollevò una discussione, che non è ancora finita fra gli scrittori di diritto internazionale. Il Laurent sostiene che trattavasi di uno di quei casi nei quali lo statuto reale doveva prevalere sul personale, perchè non esistono più nè monaci nè voti

(1) *Journal de Dr. Intern. Privé*, 1881, pag. 515, 6.

(2) *Journal de Dr. Intern. Privé*, 1875, pag. 21, 1879, p. 281. Ruffier c. Ruffier e Belgrave c. Dessaint; Bard L. c., pag. 202: Pronunciata la nullità del matrimonio contratto all'estero fra cognati senza dispensa del Governo francese, e di quello di Francese minore di 25 anni senza il consenso dei genitori; pronunciata la validità del matrimonio seguito in paese dove l'adulterio costituisce un impedimento al matrimonio, fra due Francesi che avevano vissuto in istato di adulterio. Siccome poi l'elemento della capacità a maritarsi riguarda direttamente chi vuol maritarsi e solo indirettamente i suoi genitori cui nella mancanza della capacità piena di lui compete qualche speciale diritto, così nel caso di un figlio francese di padre straniero, questo potrà prevalersi davanti ai giudici francesi di tutte le prerogative garantite ai genitori dal diritto francese, trib. civ. della Senna 21 Dic. 1885, Seybert c. Seybert, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1886 pag. 458-9.

(3) Asser-Rivier, *Eléments*, pag. 105, n. 1.

(4) Laurent, op. cit., vol. IV, pag. 595-7.

perpetui al cospetto della legge francese. Il Lehr (1) dice: « Nous « ne pensons pas que la législation civile ait le droit et, *a fortiori*, « le devoir, de maintenir des empêchements qui, comme celui-là, « ressortissent essentiellement au for intérieur et à la conscience « individuelle. Que l'Eglise use dans ces cas de ses moyens di- « sciplinaires propres, c'est son droit; mais que le pouvoir civil « s'abstienne de lui prêter main forte contre les individus qui « méconnaissent ses prescriptions ». Il Weiss (2) ravvisa egli pure nell'incapacità di quel monaco un impedimento « contraire à l'or- « dre publique international ».

Nulla può dirsi contro l'argomentazione del Lehr per quanto si riferisce al diritto interno dei singoli Stati ed al modo secondo il quale dovrebbe da ciascuno di quelli venire concepito; ma, data la differenza delle varie leggi su questo punto, non parmi di ravvisare nella sentenza della Corte francese un'offesa all'ordine pubblico internazionale; il Laurent dice che non esistono più nè monaci nè voti perpetui al cospetto della legge francese; avrebbe dovuto limitarsi a dire piuttosto che non esistono, secondo quella legge, monaci *francesi*.

Inoltre non è identico il caso di uno straniero legato da ordini sacri, a quello d'uno schiavo, d'un uomo di colore o di un eretico, cui la legge del paese al quale appartiene diminuisca la capacità, poichè in quel primo caso la condizione personale dell'individuo è un prodotto non solo della legge, ma anche della sua volontà. Nè devesi dimenticare che tutta la possibilità di una soluzione dei conflitti di diritto internazionale relativi al matrimonio riposa appunto sopra una transazione degli Stati nel concetto e nell'applicazione dell'ordine pubblico. Ciò sia detto per mostrare che la questione è per lo meno disputabile, non per anticipare la discussione circa i limiti da consentire alla territorialità in tale materia; limitazione di cui quella sentenza è un esempio atto a porre vieppiù in luce le tradizioni e le tendenze della giurisprudenza francese. (3)

(1) *Droit civil germanique*, pag. 16-7.

(2) *Dr. Int. Privé*, pag. 634.

(3) Vedi nel senso della nullità del matrimonio del prete cattolico francese, Trib. Civ. della Senna, 29 Dic. 1886, Rouet c. Rouet, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1887, pag. 66-8. La Cassazione si pronunziò nel Gennaio del 1888 per la validità del matrimonio del prete che abbia abbandonato l'abito clericale.

428. — A questa corrisponde la legislazione italiana che, come all'articolo 6 preliminare, completa le disposizioni relative ai soli nazionali contenute nell' articolo 3 del Codice francese, completa pure nello stesso senso le disposizioni dell'articolo 100 tolte all'articolo 172 del Codice francese aggiungendo nell'articolo 102: « La capacità dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle leggi del paese a cui appartiene »; ed all' articolo 103: « Lo straniero che voglia contrarre matrimonio nel regno deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell' autorità competente del paese a cui appartiene, dalla quale consti che, giusta le leggi da cui dipende, nulla osta al divisato matrimonio ». Per le opposizioni, la competenza a giudicarne, e la legge secondo la quale devono essere apprezzate, quanto il Férand-Giraud espone rispetto al diritto francese (1) trova nel nostro paese tanto più logica applicazione in quanto che la personalità della capacità dello straniero deriva nel diritto italiano non già dalla pratica della giurisprudenza ma da precise disposizioni di legge. (2)

La legge belga ritrae le stesse norme dal Codice e dalle tradizioni francesi da cui ripete le proprie origini; ne è un'applicazione anche la legge del 1882 sui matrimoni dei Belgi all'estero la quale all' articolo 6 stabilisce che anche nel caso di matrimonio con un belga al consolato od all' ambasciata « la capacità della donna straniera è regolata dal suo statuto personale ».

La legge svizzera del 24 dicembre 1874, sullo stato civile della Confederazione sancisce all'articolo 31, n. 4 (3) una norma analoga a quella dell' articolo 103 del nostro Codice civile, disponendo che « se il futuro sposo è straniero alla Svizzera, la pubblicazione non sia fatta che sulla presentazione di una dichiarazione delle autorità straniere competenti, constatante che il matrimonio sarà riconosciuto con tutte le sue conseguenze legali ». (4)

In Austria le disposizioni non troppo esplicite de §§ 34, 36 e 51 del Codice civile (5) sono completate nel senso della personalità

(1) V. vol. II, p. I, pag. 217 e segg.

(2) Fiore, *Dr. Int. Priv.*, pag. 147-151.

(3) Verger, l. c., pag. 60.

(4) Martin, *De la capacité selon la législation suisse. Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 33 e 1884, pag. 484, n.

(5) § 51 « Se uno straniero minorenne voglia contrarre matrimonio in questi Stati e non possa produrre il necessario consenso, deve il giudice di questi Stati, a cui sarebbe soggetto secondo la sua condizione e la sua di-

da un decreto della cancelleria del 26 settembre 1814. (1) Gli articoli citati lasciano però così il dubbio sulla capacità alternativamente retta dalla legge territoriale secondo gli articoli 35 e 36, come quello sulla scelta fra il domicilio e la nazionalità quale criterio della legge personale. Ma tanto secondo lo Stoerk (2) quanto secondo il Vesque von Püttlingen, il primo è risolto nel senso della prevalenza della legge personale nei casi di matrimonio ed il secondo nel senso di preferenza anche in questo caso per il diritto del domicilio dello straniero. Il Püttlingen aggiunge che il rispetto alla legge del domicilio dello straniero circa la determinazione della sua capacità a maritarsi è così assoluto in Austria che quando un minore straniero possa provare che, secondo il diritto canonico vigente nel suo paese, non ha bisogno del consenso degli ascendenti, non è obbligato a presentare alle autorità austriache la prova di tale consenso. (3)

429. — In Prussia un ordine del Gabinetto del 28 aprile 1845 impone allo straniero, che voglia contrarre matrimonio con una prussiana, di presentare un certificato del magistrato della sua patria che ne attesti la capacità, (4) mentre il diritto dello stesso paese tace circa le condizioni al matrimonio di nazionali all'estero; (5) così per l'un caso come per l'altro però la disposizione e la mancanza di disposizioni accennate riguardano il nazionale domiciliato in Germania e lo straniero domiciliato nel suo paese; ma per il tedesco domiciliato all'estero e per lo straniero domiciliato in Germania è ammesso il predominio della legge del domicilio su quella nazionale. Questa è preferita eccezionalmente soltanto nelle leggi particolari della Sassonia reale del Baden, (6) e del Würtemberg.

mora, deputargli un curatore che dichiari dinanzi a questo giudice il suo consenso o dissenso circa il matrimonio. »

(1) Fiore, l. c., pag. 144.

(2) *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1880, pag. 329.

(3) Püttlingen, *Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internat. Privatr.*, pag. 227.

(4) Fiore, l. c., pag. 144 e Legge 25 gennaio 1875, art. 38. *Annuaire de lég. comp.*, 1876.

(5) Risposte al questionario dell'Asser nella *Revue de Dr. Int.*, vol. VII, pag. 392 e seg.

(6) Bulmerincq, *Völkerrecht oder internationales Recht* nello *Handbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart* del *Marquardsen*, Freiburg in Br. 1884, pag. 214-5.

In quest' ultimo paese fu annullato nel 1873 il matrimonio contratto nel 1856 da un wurtemberghese domiciliato a Chicago con una alsaziana che pure vi era domiciliata, perchè egli non aveva prima ottenuto il consenso del re prescritto da una legge würtembergese allora vigente. (1)

In questi limiti e con queste eccezioni prevale nel diritto germanico nell' argomento del matrimonio il principio personale basato sul domicilio; ma un caso presentatosi nel 1882 valse a porre meglio in luce come questa tendenza contrasti e non sempre vinca le antiche tradizioni di territorialità.

L'ufficiale dello stato civile di Berlino, impose ad un inglese che voleva maritarsi in quella città di provare il consenso degli ascendenti quantunque non fosse domiciliato in Germania e non fosse obbligato dalle leggi del suo paese ad ottenere un tale consenso; in seguito al suo ricorso il tribunale regionale di Berlino approvò l' operato dell' ufficiale dello stato civile, e non essendosi egli appellato, la decisione del tribunale acquistò piena forza di cosa giudicata. È evidente però che in tal guisa non veniva fatta retta applicazione degli articoli 23 e 34 del Landrecht prussiano (2) e degli articoli 25 e 28 della legge del 9 marzo 1874 sulla constatazione dello stato civile e la forma di celebrazione dei matrimoni (3); e che si dovrebbe ritenere preferita dal diritto di quel paese la legge personale intendendosi per tale quella del domicilio; il che per altro non toglie che a buon diritto lo Stoerk (4) faccia voti perché le leggi di quel paese siano riformate in guisa da togliere ogni oscurità di testo ed ogni possibilità di simili applicazioni. A tale voto corrisponde in parte una circolare del Ministro dell'interno prussiano del 25 Dicembre 1882 che ricorda non doversi secondo la pratica più generale giudicare delle condizioni di capacità secondo la legge del matrimonio. (5)

Non molto dissimili nella loro essenza si possono ritenere le norme del diritto spagnuolo che all'articolo 41 della legge 18 giugno

(1) H. E. Carmichael, A recent case of the conflict of Marriage Laws: Roth, v, Ehmann. Association's Reports 1883, pag. 154-7.

(2) V. vol. II, parte I, pag. 255.

(3) Stoerck, *De la condition légale des étrangers en Prusse*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 8 e 9.

(4) L. c., pag. 6 e nota.

(5) *Revue de Dr. Int.*, vol. 16-1884, pag. 92.

1870 esige che gli Spagnuoli maritantisi all'estero siano atti a quel matrimonio secondo le leggi spagnuole, (1) e che all'articolo 15 vuole che gli stranieri giustifichino con certificati, emanati dal paese d'origine, il loro diritto a contrarre matrimonio. (2) Tale obbligo però non incombe se non agli stranieri che non abbiano ancora due anni di residenza in Ispagna. (3) Il diritto rumeno invece ammette con perfetta eguaglianza l'applicazione della legge nazionale tanto nei riguardi dei rumeni che si maritano all'estero come in quelli degli stranieri che si maritano in Rumenia. (4) Per quanto si riferisce dunque alla capacità a conchiudere matrimonio, prevale nel diritto europeo l'impero della legge personale su quello della *lex loci contractus*; il criterio della personalità coincide sempre piú con quello della nazionalità; ma non mancano leggi che preferiscono ancora quello del domicilio. Dopo aver notato però il principio d'armonia che deriva dal preferire come criterio generico di competenza quello della personalità, basta accennare soltanto alla possibilità che i conflitti risorgano fra quegli Stati che lo fondano sul domicilio e quelli che lo fondano sulla nazionalità; chi volesse trattarne diffusamente dovrebbe ripetere quanto fu già detto trattando dello stato e della capacità della persona. (5)

430. — Non la possibilità ma la necessità di conflitti esiste nei rapporti fra questi paesi e quelli che fanno una parte molto piú larga alla territorialità. E questa ha la massima applicazione in quella che lo Story riferisce come la soluzione preferita in Inghilterra, laddove dice che le Corti inglesi considerano come valido dovunque il matrimonio valido secondo la legge del luogo dove fu celebrato. (6)

In quanto alla capacità delle parti bisogna che sia soddisfatto alla legge *loci actus*, il rispetto alla quale è indispensabile e sufficiente. (7) Da ciò deriva che anche la necessità del consenso dei

(1) Verger, l. c., cap. VIII.

(2) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 67-9.

(3) Lehr, l. c., pag. 67.

(4) Suliotis, *De la condition des etrangers en Roumanie*, Journal de Dir. Int. Pr., 1887, pag. 559.

(5) V. cap. V, n. 4.

(6) Story, *Conflict of Laws*, § 79, VIII, ediz.

(7) Westlake, *A treatise on private international law etc.*, London, Maxwell, 1880, § 13, 15, 16.

genitori sia regolata dalla *lex loci actus*. Così nel caso Simonin c. Mallac, (1) trattavasi di due francesi, minori nei riguardi matrimoniali secondo il diritto francese e domiciliati in Francia, che avevano contratto matrimonio in Inghilterra. Avendo i giudici francesi annullato quel matrimonio, si domandò la conferma del loro giudizio all'Alta Corte di giustizia inglese; ma questa mantenne la validità del matrimonio sopratutto per il motivo, adotto dal giudice Cruwell, che la capacità o l'incapacità degli individui a contrattare dipende dalla legge del luogo dove si stipula il contratto. Sicchè non solo le norme che vigono o che potessero essere più precisamente stabilite (2) dal diritto inglese circa il fòro competente a giudicare della validità di un matrimonio, sono applicabili anche agli stranieri, ma il fondo della questione stessa relativa alla validità del loro matrimonio, va decisa secondo la medesima legge.

Il diritto britannico va tanto lungi su questa via da calcolare matrimonio inglese quello avvenuto in Inghilterra quando uno dei coniugi sia inglese anche rispetto ai suoi effetti. (3)

A tutto ciò aggiunge maggior confusione un'inconseguenza del diritto inglese; perchè mentre tale assoluta territorialità è applicata agli stranieri che si maritano in Inghilterra, si vuol talora applicare la legge personale basata sul domicilio ai sudditi inglesi che si maritano all'estero; sicchè tanto più facilmente possono sorgere conflitti fra due legislazioni di cui una domanda per sè nel territorio dell'altra un'espansione che poi rifiuta a questa nel proprio. Così l'unione d'un vedovo inglese colla sorella della prima moglie, dovrebbe, se nel suo paese si applicasse con coerenza la medesima dottrina che si applica agli stranieri, essere ritenuta valida in Inghilterra quando fosse stata contratta in un paese dove è ammessa come lecita. Invece quel matrimonio, anche contratto all'estero, è ritenuto nullo in Inghilterra quando il vedovo era domiciliato in Inghilterra quando lo celebrò; e vi sarebbe tenuto per valido soltanto quando si fosse trattato di un inglese domiciliato nel paese della celebrazione. (4)

(1) *Journal de Dir. int. privé,* 1879, pag. 521.

(2) Westlake, l. c., § 321.

(3) Collin v. Hector, 23 febbraio 1875, 19 Eq. 334; v. Westlake, *Casi di Dir. int. pubbl. e priv. giudicati dai trib. ingl.*, *Revue de Dr. Int.*, vol. VIII, pag. 478.

(4) V. vol. II, p. I. pag. 273-8.

431. — Una sola sentenza si può citare nel diritto inglese che sia apparsa effetto di una tendenza ad ammettere tale rispetto della personalità anche nei riguardi degli sposi stranieri, ed è forse sotto l'influenza di quella che il Westlake nel § 17 del suo Trattato accennava ad una propensione del diritto del suo paese a richiedere nel matrimonio fra o con stranieri, che sia soddisfatto anche allo statuto personale di entrambe le parti. Nel 1877 la Corte d'appello annullava il matrimonio concluso in Inghilterra fra la signora Sotomayor ed il signor De Barros, Portoghesi e cugini germani, cioè parenti in un grado proibito in Portogallo. Ma tale sentenza veniva poi riformata dall'Alta Corte dove sir James Hannen criticò il principio professato dai giudici d'appello secondo i quali nel matrimonio, come in ogni altro contratto, la capacità delle parti si faceva dipendere dalla legge del domicilio.

Quella sentenza resta dunque nella giurisprudenza inglese come un tentativo isolato e le disapprovazioni che essa sollevò mostrano quanto poco corrispondesse alle tendenze di quel paese. Il Guthrie (1) la critica « come contraria alle autorità ed ai precedenti », ed il Fraser (2) dice che i giudici i quali la pronunciarono « non seppero pienamente ravvisare l' importanza della questione che stavano per decidere nè dare il debito peso alle decisioni inglesi precedenti ». « Quella sentenza professa, conclude il Guthrie, di essersi ispirata al principio secondo il quale la legge del domicilio determina sempre la capacità di una parte ad obbligarsi; principio che in Inghilterra ed in America fu generalmente abbandonato come impraticabile ».

432. — In una materia per se stessa così intimamente personale vige dunque in Inghilterra assoluta la regola *locus regit actum* che è, come dice il Brocher, il prodotto della più rigorosa di una troppo rigorosa territorialità. (3) Ma il Brocher o non pensa rettamente o non si esprime con esattezza quando dice che quella regola « deve essere combattuta dal diritto internazionale privato come nemica dell'armonia ch' esso cerca ».

Quella regola infatti deve essere combattuta per un motivo più intimo, perchè cioè, come criterio di competenza, è errato, perchè sottopone regole e norme relative alle persone che hanno

(1) L. c., pag. 300.
(2) *Husband and Wife, Suppl.*, vol. II, pag. 1538.
(3) Brocher, l. c., *Della famiglia*, I.

una causa immanente, all'accidentalità del soggiorno o dello stesso passaggio nel territorio di un paese. Ma nessuna regola è per se stessa nemica di quell'armonia che si propone il diritto internazionale privato; quando una sola regola di competenza fosse adottata da tutti, l'armonia sarebbe soltanto per ciò stabilita; trattasi però di trovare per tale armonia la base giuridicamente, logicamente e moralmente preferibile e da questo punto di vista la regola preferita in Inghilterra merita di essere riprovata.

Essa non si trova in armonia se non con quella adottata dalla legge del Chilì (1) e dalla giurisprudenza degli Stati Uniti e riprodotta dal Field nell'articolo 542 del suo Codice: « La capacità o l'incapacità civile di un individuo, rispetto ad una convenzione da conchiudersi con persone fisiche, è retta dalla legge del luogo dove la convenzione è fatta, qualunque siano la nazionalità, il domicilio ed il luogo di nascita della persona »; e negli articoli 547, 548 e 549 che applicano lo stesso principio alla validità dei matrimonii. Che questa sia la dottrina accolta e praticata nell'America del Nord è fuori di dubbio, ma il Field non è esatto quando la dichiara preferibile come regola razionale, (2) ed è poi del tutto inesatto quando afferma che anche il diritto internazionale europeo tende ad ammetterla.

Un articolo pubblicato nel 1883 dall'*American Law Review.* su certi impedimenti posti dalla Legislazione degli Stati Uniti al matrimonio, lascierebbe credere piuttosto, a chi lo consideri superficialmente, che negli Stati Uniti si tenda a riconoscere la regola prevalente nel diritto europeo. L'autore infatti deduce dalla giurisprudenza relativa a tale argomento le seguenti regole:

« 1.° La legge del domicilio determina la capacità delle parti a contrarre matrimonio;

« 2.° Quando ciascuno dei contraenti abbia un domicilio diverso, la loro capacità è determinata dalla legge del luogo dove il

(1) L'articolo 14 del Codice Civile Chileno, — La Legge obbliga tutti gli abitanti della repubblica compresi gli stranieri — è applicato nel senso che ogni atto giuridico compiuto nel Chilì debba esservi giudicato secondo il diritto territoriale tanto rispetto ai suoi effetti quanto rispetto alle condizioni richieste per la sua validità, quali sono la capacità od incapacità assoluta o relativa delle persone che vi sono intervenute, Fabres, *Le Dr. Int. Priv., dans la législat. du Chilì*, cap. I, *Journ. de Dr. Int. Priv.*, 1887, pag. 135-7.

(2) Loc. cit., pag. 423.

matrimonio è celebrato ». (1) Sicchè il predominio della legge territoriale non si verificherebbe se non nel conflitto fra due leggi personali diverse. Ma può osservarsi che, anche ammesse tali due regole nel diritto internazionale privato dalla giurisprudenza americana, nulla toglierebbero alla territorialità prevalente in America in tutti i casi in cui uno dei coniugi fosse americano ed uno straniero, od in cui essendo entrambi stranieri pure appartenessero a paesi diversi. Inoltre tutto fa credere che le regole riferite dalla Rivista americana riassumano la pratica seguita in quel paese nei rapporti federali anzichè in quelli di diritto internazionale privato.

Rispetto a questi ultimi rapporti il Parsons ed il Kent, riferendo la regola dello Huber sulla nullità dei matrimoni celebrati all'estero in *fraudem legis domicilii*, riconoscono che è contraria ad essa la pratica degli Stati Uniti non meno di quella dell' Inghilterra.

Secondo il diritto svedese tutto il rispetto della personalità si riduce a riconoscere la validità di quei matrimoni che furono contratti validamente da stranieri all' estero secondo le leggi del loro paese diverse dalle leggi svedesi, anche quando poi quei coniugi vengano a stabilirsi in Svezia. Ma se quel matrimonio fosse nullo, per esempio, per difetto di consenso dei genitori, secondo il diritto del paese cui appartengono i coniugi e dove fu celebrato, esso sarà tenuto ciononostante per valido in Svezia se non v'è alcuna causa assoluta di nullità secondo il diritto svedese. Se poi una persona straniera voglia contrarre matrimonio in Svezia con persona appartenente sia alla sua stessa nazionalità, sia ad altra nazionalità straniera, sia infine a quella svedese, è assolutamente necessario, perchè il matrimonio possa essere considerato come valido in Svezia, che non sia stata trascurata alcuna delle prescrizioni contenute nel diritto svedese, come condizioni del matrimonio. Perchè il matrimonio possa celebrarvisi è necessaria dunque la presentazione da parte dei fidanzati di certificati comprovanti che non esiste, secondo la legge svedese, verun impedimento al loro matrimonio.

Quando uno straniero od una straniera, che vogliano maritarsi in Svezia, non possono fornire tale prova, l'ordinanza reale del 12 dicembre 1798 prescrive che, se l'uno o l'altro dei contraenti ha abitato la Svezia durante due anni, faccia pubblicare il matrimonio

(1) *Bulletin de la Société de législat comparée,* 1884, pag. 87.

nel giornale ufficiale, ammettendo che ove nel termine di un anno a partire dall'ultima pubblicazione, nessun impedimento sia stato annunciato presso il pastore del domicilio della moglie, si possa procedere alle pubblicazioni che devono farsi prima del matrimonio. Gli stranieri non possono contrarre dunque matrimonio in Svezia in opposizione col diritto svedese; che se pure l'impedimento, dipendente da questo, non esistesse secondo la legge nazionale dello straniero, ciò non impedirebbe ai tribunali svedesi di considerare come nullo il matrimonio di lui. Come in Inghilterra è poi notevole anche in Svezia che, mentre si vuol applicare la propria legge territoriale agli stranieri, non si riconosce l'applicazione della legge territoriale straniera ai propri cittadini che si maritano all'estero. Così un Danese non potrebbe sposare in Svezia la propria nipote benchè la sua legge permetta un tale connubio, ed il matrimonio di uno svedese, cui tale unione è vietata, contratto in Danimarca colla propria nipote conformemente al diritto locale, non sarebbe riconosciuto in Svezia. (1)

433. — La stessa dottrina impera in Russia ed a più forte ragione che in Svezia, poichè la Russia è uno dei pochi paesi dove il matrimonio si è conservato in tutto e rispetto a tutti, un istituto esclusivamente religioso. Di fronte a questo concetto la distinzione fra l'una e l'altra confessione religiosa trascende naturalmente quella fra l'una e l'altra nazionalità e per le condizioni intrinseche del matrimonio di un individuo si bada non già alle leggi dello Stato ma alle norme della Chiesa cui quello appartiene. Ciò contribuisce a rinvigorire in questo argomento la territorialità normale del diritto russo propriamente detto. (2) Infatti l'articolo 1° della prima parte del volume X dello Svod stabilisce che le persone professanti la religione greca ortodossa possono maritarsi fra loro senza distinguere se entrambe sieno suddite russe o se una di esse sia straniera, e per tutte valgono le condizioni e restrizioni determinate dal Codice; i cristiani non ortodossi seguono le prescrizioni della propria Chiesa e così pure i mussulmani e gli ebrei, dovendo tutti osservare le regole generali stabilite dalle leggi dell'impero circa l'età, il libero consenso degli sposi, e l'autoriz-

(1) D'Olivecrona, *Le mariage des étrangers en Suède et des Suèdois à l'étranger. Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 352-6.

(2) V. vol. II, parte I, cap. V, n. 4.

zazione dei genitori; gli altri non cristiani possono maritarsi secondo le proprie consuetudini senza verun intervento nè dell'autorità civile, nè di quella ecclesiastica ortodossa; i matrimoni misti sono permessi fra cristiani; i cattolici ed i greci non possono sposare non cristiani, ma i protestanti possono unirsi con ebrei o con maomettani e per loro il divieto si limita ai pagani. Tutte queste disposizioni si applicano insieme a quelle su l'età ed i gradi proibiti, tanto agli stranieri come ai sudditi. (1)

È ammessa bensì in una certa misura, nei riguardi della capacità, la legge personale dei coniugi, ma per legge personale in questa materia s'intende la legge *confessionale* non quella *nazionale* o del *domicilio*. Che l'autorità russa si ponga da questo punto di vista risulta dalla risposta del governo russo ad una nota austriaca chiedente l'annullamento del matrimonio del principe Esterhazy suddito austriaco colla signora Bezobrazoff suddita russa che era stata divorziata in Russia dal conte Apraxine. « Le leggi austriache, sta scritto in quella risposta, proibiscono ai sudditi austriaci cattolici di sposare persone appartenenti ad un' altra religione e nel tempo stesso divorziate; ma quelle leggi autorizzano le unioni colle persone il cui matrimonio anteriore fu dichiarato nullo dalla stessa Chiesa Romana. Secondo le leggi russe non si tiene conto di questa regola se non quando i due futuri sposi appartengano alla Chiesa Romana .... La Chiesa Ortodossa di Oriente non autorizza il matrimonio di una persona della sua confessione con una persona praticante la religione cattolica romana, se non in seguito alla presentazione di documenti autentici comprovanti ch'essa fu dichiarata libera dai legami del matrimonio dall'autorità ecclesiastica romana .... Come il governo austriaco non permetterebbe senza dubbio che nell'impero d'Austria un vescovo greco fosse incaricato ufficialmente di controllare, secondo le regole della Chiesa Greca gli atti delle autorità ecclesiastiche latine, così nell'impero di Russia è inammissibile che il vescovo latino sia incaricato di interrogare una persona praticante la Chiesa Greca e di controllare, secondo le regole della Chiesa Romana, gli atti delle autorità ecclesiastiche ortodosse ». (2) Perciò il governo russo

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, pag. 11-36.

(2) Martens, *Traité de droit international*, traduit par Léo, vol. II, Paris, Chevalier Marescq, 1886, pag. 434-5.

nel giornale ufficiale, ammettendo che ove nel termine di un anno a partire dall'ultima pubblicazione, nessun impedimento sia stato annunciato presso il pastore del domicilio della moglie, si possa procedere alle pubblicazioni che devono farsi prima del matrimonio. Gli stranieri non possono contrarre dunque matrimonio in Svezia in opposizione col diritto svedese; che se pure l'impedimento, dipendente da questo, non esistesse secondo la legge nazionale dello straniero, ciò non impedirebbe ai tribunali svedesi di considerare come nullo il matrimonio di lui. Come in Inghilterra è poi notevole anche in Svezia che, mentre si vuol applicare la propria legge territoriale agli stranieri, non si riconosce l'applicazione della legge territoriale straniera ai propri cittadini che si maritano all'estero. Così un Danese non potrebbe sposare in Svezia la propria nipote benchè la sua legge permetta un tale connubio, ed il matrimonio di uno svedese, cui tale unione è vietata, contratto in Danimarca colla propria nipote conformemente al diritto locale, non sarebbe riconosciuto in Svezia. (1)

433. — La stessa dottrina impera in Russia ed a più forte ragione che in Svezia, poichè la Russia è uno dei pochi paesi dove il matrimonio si è conservato in tutto e rispetto a tutti, un istituto esclusivamente religioso. Di fronte a questo concetto la distinzione fra l'una e l'altra confessione religiosa trascende naturalmente quella fra l'una e l'altra nazionalità e per le condizioni intrinseche del matrimonio di un individuo si bada non già alle leggi dello Stato ma alle norme della Chiesa cui quello appartiene. Ciò contribuisce a rinvigorire in questo argomento la territorialità normale del diritto russo propriamente detto. (2) Infatti l'articolo 1° della prima parte del volume x dello Svod stabilisce che le persone professanti la religione greca ortodossa possono maritarsi fra loro senza distinguere se entrambe sieno suddite russe o se una di esse sia straniera, e per tutte valgono le condizioni e restrizioni determinate dal Codice; i cristiani non ortodossi seguono le prescrizioni della propria Chiesa e così pure i mussulmani e gli ebrei, dovendo tutti osservare le regole generali stabilite dalle leggi dell'impero circa l'età, il libero consenso degli sposi, e l'autoriz-

(1) D'Olivecrona, *Le mariage des étrangers en Suède et des Suèdois à l'étranger. Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 352-6.

(2) V. vol. II, parte I, cap. V, n. 4.

zazione dei genitori; gli altri non cristiani possono maritarsi secondo le proprie consuetudini senza verun intervento nè dell'autorità civile, nè di quella ecclesiastica ortodossa; i matrimoni misti sono permessi fra cristiani; i cattolici ed i greci non possono sposare non cristiani, ma i protestanti possono unirsi con ebrei o con maomettani e per loro il divieto si limita ai pagani. Tutte queste disposizioni si applicano insieme a quelle su l'età ed i gradi proibiti, tanto agli stranieri come ai sudditi. (1)

È ammessa bensì in una certa misura, nei riguardi della capacità, la legge personale dei coniugi, ma per legge personale in questa materia s'intende la legge *confessionale* non quella *nazionale* o del *domicilio*. Che l'autorità russa si ponga da questo punto di vista risulta dalla risposta del governo russo ad una nota austriaca chiedente l'annullamento del matrimonio del principe Esterhazy suddito austriaco colla signora Bezobrazoff suddita russa che era stata divorziata in Russia dal conte Apraxine. « Le leggi austriache, sta scritto in quella risposta, proibiscono ai sudditi austriaci cattolici di sposare persone appartenenti ad un' altra religione e nel tempo stesso divorziate; ma quelle leggi autorizzano le unioni colle persone il cui matrimonio anteriore fu dichiarato nullo dalla stessa Chiesa Romana. Secondo le leggi russe non si tiene conto di questa regola se non quando i due futuri sposi appartengano alla Chiesa Romana .... La Chiesa Ortodossa di Oriente non autorizza il matrimonio di una persona della sua confessione con una persona praticante la religione cattolica romana, se non in seguito alla presentazione di documenti autentici comprovanti ch'essa fu dichiarata libera dai legami del matrimonio dall'autorità ecclesiastica romana .... Come il governo austriaco non permetterebbe senza dubbio che nell'impero d'Austria un vescovo greco fosse incaricato ufficialmente di controllare, secondo le regole della Chiesa Greca gli atti delle autorità ecclesiastiche latine, così nell'impero di Russia è inammissibile che il vescovo latino sia incaricato di interrogare una persona praticante la Chiesa Greca e di controllare, secondo le regole della Chiesa Romana, gli atti delle autorità ecclesiastiche ortodosse ». (2) Perciò il governo russo

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, pag. 11-36.

(2) Martens, *Traité de droit international*, traduit par Léo, vol. II, Paris, Chevalier Marescq, 1886, pag. 434-5.

rifiutò di prendere qualsiasi misura tendente all'annullamento di quel matrimonio.

Ora nella scarsità di fonti accessibili di diritto russo su tale argomento, la nota pubblicata dal Martens è notevole non tanto per ciò che nega nel caso speciale in omaggio alla sovranità, quanto per quello che concede nella tesi generale.

Al principio generale di territorialità del diritto russo si aggiunge la costituzione esclusivamente religiosa del matrimonio in quel paese e ne consegue che le prescrizioni della religione di uno straniero rispetto alla sua capacità vengono osservate nel suo matrimonio in Russia, ma che le prescrizioni di una legge straniera diverse dalle norme della Chiesa cui quello straniero appartiene e che sono riconosciute in Russia, non potrebbero sortirvi alcun effetto. Sicchè un divorziato francese cattolico non potrebbe sposare in Russia una cattolica, e due cugini italiani non potrebbero maritarvisi senza dispensa ecclesiastica.

434. — Di fronte a tanta diversità di leggi particolari ed a tanta diversità fra i criteri di diritto internazionale privato adottati dalle une e dalle altre, le ragioni che abbiamo esposte altrove (1) ci mantengono nella persuasione che il principio di nazionalità sia preferibile al principio territoriale; ma di fronte a tanto frequente occasione di conflitti, preferiremmo anche quest' ultimo purchè una tale occasione fosse rimossa; poichè importa sopra tutto che gli Stati i quali furono capaci di accordarsi perchè una lettera possa viaggiare il mondo con economia e con sicurezza, e perchè un brevetto acquistato in un paese sia tutelato negli altri, si accordino alfine perchè la moglie di un individuo in un paese sia la moglie di lui anche in ogni altro.

A raggiungere tale scopo la Svizzera, che vedemmo già oscillare nel regolamento della capacità personale fra la personalità e la territorialità, (2) pur di togliere l' anomalia di tali condizioni compì un atto che, nelle condizioni attuali del diritto internazionale potrebbe apparire di abnegazione legislativa; sancì cioè e la personalità e la territorialità entrambe a profitto dei diritti stranieri e collo scopo della stabilità e della sicurezza dei rapporti matrimoniali. Mentre per i matrimoni di stranieri in Svizzera si richie-

(1) V. vol. II, p. I. c., V, n. 4.
(2) V. vol. II, p. I, pag. 250-2.

de (1) un certificato che ne garantisca il riconoscimento nel paese cui gli stranieri appartengono; l'articolo 54 della Costituzione federale e l'articolo 25 della legge del 1874 sullo stato civile ed il matrimonio, dichiarano che un matrimonio contratto all'estero conformemente alla *lex loci* dev' essere reputato valido nel paese d'origine dei coniugi. Giova notare però che il riconoscimento della legge personale dello straniero in Svizzera agisce piuttosto in senso negativo che positivo. Le autorità svizzere non possono partecipare in veruna circostanza alla conclusione del matrimonio che importi contravvenzione ad un divieto contenuto nella legge elvetica, tanto più che questa, per i suoi impedimenti matrimoniali non conosce dispense. La non esistenza nel diritto di un altro Stato di un impedimento matrimoniale contemplato dalla legge svizzera, come per esempio nel diritto tedesco quello al matrimonio fra zio e nipote e fra nipote e zia, deve essere del tutto trascurata come senza pratica importanza, dagli ufficiali svizzeri. La stessa osservazione vale altresì per le estensioni di capacità personale relative al matrimonio che, operate col mezzo di dispense estere, infrangessero divieti esistenti in Svizzera per gli indigeni. (2) Ma nemmeno in questi limiti è imitato dovunque l'esempio del diritto svizzero; e nel campo del diritto internazionale continuano a crescere fra i paesi dell'uno e dell'altro gruppo i conflitti colla maggior frequenza dei matrimoni, e rispetto ad una stessa unione si trovano spesso di fronte una celebrazione regolare d'un paese ed un giudicato d'annullamento di un altro, senza che nè la prima nè il secondo possano irradiare i propri effetti oltre i confini del territorio dove rispettivamente ebbero origine.

435. — Fra l'Europa continentale e specialmente occidentale da una parte e l'Inghilterra e l'America del Nord dall'altra, di tali confltti si hanno esempi sempre più numerosi. Il 5 agosto 1880 il Tribunale della Senna (3) annullò il matrimonio contratto in Inghilterra dal francese Dessaint con una straniera, perchè il Dessaint, al momento del matrimonio aveva diciotto anni e non aveva sollecitato il consenso dei genitori a termini della legge francese; eguale sentenza pronunciò il 13 luglio 1880 il Tribunale di Rouen

(1) V. art. 31 e 37 della legge federale del 1874. — Garnier, *Internat. Eheschliessungsrecht*, p. I, XVII.

(2) Garnier, l. c., pag. 3.

(3) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 478-9, Dessaint c. Belgrave.

nella causa Viard contro la vedova Ochsenhein. (1) Il 24 febbraio 1882 la corte di appello di Parigi nella causa della vedova d'Imécourt contro Paolo Mussurus Bey, accolse la domanda di nullità presentata dalla vedova contro il matrimonio della propria figlia che all'età di 16 anni erasi unita in Inghilterra col Mussurus senza il consenso materno; (2) e il 26 aprile 1887 il tribunale civile della Senna, accogliendo la domanda della madre di un tale Monvaux, dichiarò nullo il matrimonio da lui contratto in Inghilterra all'età di 22 anni senza il consenso di lei. (3)

E come la magistratura francese si riconosce competente ad applicare la legge che è incaricata di far osservare, ai matrimonî contratti da francesi all'estero, così riconosce, in omaggio allo stesso principio, l'incompetenza propria e quella della propria legge circa le eccezioni che si sollevassero in base a legge straniera contro il matrimonio di stranieri anche contratto in Francia. Così giudicò il Tribunale civile della Senna il 27 dicembre 1881, (4) decidendo che i tribunali francesi non sono tenuti (5) a conoscere dei litigi impegnati fra stranieri, e sono particolarmente autorizzati a declinarne l'esame quando tali litigi implichino questioni di stato come nel caso di domanda di nullità di matrimonio; e che l'articolo 2 del Trattato del 7 gennaio 1872 fra la Francia e la Spagna non deroga a questa regola. Trattavasi del matrimonio che l'11 ottobre 1880 l'ufficiale dello stato civile dell'8° circondario di Parigi aveva celebrato fra Maria de las Mercedes Martinez de Campos e Francesco Serrano y Dominguez, conte di Sant'Antonio, figlio del maresciallo Serrano duca della Torre. La moglie presentò domanda di nullità di matrimonio contro il marito, allegando l'impotenza e l'assenza di sesso di quest'ultimo, e richiese la nomina di una commissione medica incaricata di visitarlo. Ma invano essa sostenne la competenza dei tribunali francesi dimostrando di avere il proprio domicilio in Francia e di avervi celebrato il matrimonio secondo le leggi francesi.

(1) *Journal de Dr. Int. Privé,* 1881, pag. 256-7.

(2) *Journal de Dr. Int. Privé,* 1882, pag. 308-311.

(3) (*Journal de Dr. Int. Pr.*, 1887, pag. 476, 7, Trib. della Senna, 26 aprile 1887, Monvaux c. Rotschild).

(4) Martinez de Campos c. Serrano, *Journal de Dr. Int. Privé,* 1882, pag. 308-11.

(5) V. vol. II, p. I, c. V, n. 3.

Supponiamo invece che si fosse trattato di due coniugi francesi in Inghilterra o negli Stati Uniti; le autorità di quei paesi non solo avrebbero ritenuto la propria competenza (il che può in ogni modo sostenersi ammissibile), ma avrebbero applicato al caso concreto le disposizioni della propria legge per quanto diverse da quella francese. Senza moltiplicare esempî, basta dire che le soluzioni francesi testè citate corrisponderebbero al diritto vigente nella maggior parte dei paesi d'Europa, per misurare l'importanza e la frequenza dei conflitti che sorgono fra il diritto della maggior parte dei paesi europei continentali e quello dei territorî anglo-sassoni, russi, e svedesi, dal principio rispettivamente diverso di personalità e di territorialità applicato a giudicare nel campo del diritto internazionale privato la validità intrinseca dei matrimonii e specialmente la capacità a contrarli.

436. — Ma la stessa armonia che si manifesta fra i primi nei criterî generali e nell'apprezzamento di quelle caratteristiche che trovano applicazione nella categoria dei casi più comuni, è ben lungi dal mantenersi anche fra quelli continua e costante; capacità ed incapacità speciali, divieti ritenuti interessanti la morale, pratiche formali considerate come connesse colla capacità, sostenuti tutti e proclamati come interessanti l'ordine pubblico, restringono singolarmente il campo d'applicazione della legge personale, temperandola troppo spesso di territorialità. Sicchè si può dire che la differenza fra i due gruppi nei quali vanno distinte le legislazioni, tenda a ridursi a ciò: che quelle contraddistinte per l'omaggio reso alla personalità, differiscano dalle altre, perchè vi prestano un rispetto piuttosto negativo che positivo, nel senso che la persona incapace secondo la propria legge resti tale anche in altro paese secondo la legge del quale sarebbe capace, ma che la persona capace secondo la propria legge, raramente possa contrarre matrimonio in un territorio secondo le leggi del quale sarebbe incapace.

Ma anche questa è distinzione di indirizzo e non di sistema assoluto; e per formarsene un concetto abbastanza esatto è necessario esaminare più da vicino queste invasioni di territorialità che s'insinuano anche nel campo della personalità in maggiori proporzioni nel regolamento internazionale del matrimonio che in quello di altri istituti. Poichè non bisogna dimenticare che questo maggior campo di influenza lasciato alla territorialità, è la caratteristica distintiva della dottrina di diritto internazionale pri-

vato accolta dalle varie legislazioni rispetto al matrimonio. (1) Ne deriva una contradizione singolare: i legislatori sono disposti a ritenere dovunque obbligatorie per i nazionali le massime d'ogni ordine e d'ogni estensione da essi stabilite; per converso gli stessi legislatori, quando pure ammettono in genere il principio che vuole concesso agli stranieri nel territorio l'uso del loro diritto, vi arrecano poi tali e tante eccezioni da ridursi a praticare per gli stranieri nel territorio una regola del tutto diversa da quella sancita per i cittadini all'estero, e da pretendere che un matrimonio non possa essere celebrato validamente anche fra stranieri se non in quanto risponda alle esigenze, non solo di forma, ma anche di sostanza, imposte dalle leggi locali.

Una tale diversità di trattamento pare giustificarsi con un ragionamento che non può tacciarsi di essere poco specioso: le regole particolari imposte al matrimonio sono limitazioni della libertà; per limitare la libertà degli individui fa d'uopo d'un alto motivo d'ordine e di morale; perciò le limitazioni imposte dalle leggi ad un cittadino devono accompagnarlo dovunque come ogni altro elemento della sua personalità; ma nel tempo stesso devono imporsi ad ogni altro individuo sul territorio di cui regge i destini la sovranità onde quella legge emana, e per converso, essendo la libertà degli individui coordinati nella società il più alto scopo dello Stato, questo non può prestarsi nel proprio territorio a far valere, nemmeno in confronto di stranieri, limitazioni alla libertà che non corrispondano ai suoi concetti del diritto pubblico, dell'ordine e della morale.

437. — Uno di questi concetti d'ordine eccezionale è quello secondo il quale negli Stati monarchici si ritiene necessario il consenso del sovrano al matrimonio dei membri della famiglia reale; principio sancito anche dall'articolo 69 del Codice civile italiano, il quale dispone che « per la validità dei matrimoni dei principi e delle principesse reali è richiesto l'assenso del re ».

Anche in Inghilterra (2) secondo una legge (3) del 1772 nessun discendente del re Giorgio II, ad eccezione dei figli di principesse sposate all'estero, è atto a contrarre matrimonio senza il consenso

(1) Bianchi, *Saggio di studii sul diritto internaz. privato*, *Archivio giuridico*, vol. X, 1872, pag. 427-497 e Bulmerincq, l. c.

(2) Lawrence, vol. III, pag. 392-3.

(3) 12, Giorgio III, c. 11.

preventivo del sovrano reso sotto il gran sigillo e proclamato in consiglio; ogni matrimonio celebrato senza un tale consenso è nullo ed ogni persona che vi abbia preso parte od assistito sarà passibile delle pene stabilite negli statuti *De praemunire*. Nel 1844 essendo stata reclamata la paria di Sussex da un figlio nato dal matrimonio celebrato a Roma fra il duca di Sussex e lady Augusta Murray senza il consenso del re, i giudici decisero d'accordo che l'« atto del matrimonio reale » è in vigore non meno all'estero che in Inghilterra e che quel matrimonio il quale pur fra due altri inglesi sarebbe stato valido, doveva ritenersi nullo se uno dei due contraenti apparteneva alla categoria di persone contemplata da quell'atto ed erasi sposato senza il permesso del re. (1)

Decisioni analoghe furono pronunciate anche in Francia tanto sotto i due Napoleoni quanto sotto i Borboni; il matrimonio contratto in Inghilterra dal duca di Berry, durante il suo esiglio, con una inglese, non impedì in Francia il secondo matrimonio di lui celebrato nel 1816 con una principessa delle Due Sicilie; ed il matrimonio di Girolamo Bonaparte avvenuto nel 1803 agli Stati Uniti colla signora Patterson fu annullato sotto l'Impero, ed il principe sposò poi una principessa del Würtemberg quantunque il suo primo matrimonio fosse seguito mentre il fratello di lui non era ancora primo console.

In Ispagna, oltre all'autorizzazione paterna richiesta normalmente per tutti nelle condizioni suaccennate, devono far precedere il proprio matrimonio dall'autorizzazione del re non solo gli infanti di Spagna e gli altri membri della famiglia reale, ma anche i grandi di Spagna e tutti gli eredi presuntivi della loro grandezza fino ai gradi più remoti ed i nobili titolati e gli eredi presuntivi del loro titolo. (2)

Dall'esame dell'indole di tali incapacità, della giurisprudenza e delle analogie che presentano, si può concludere che quanto più tenace è ogni singola legislazione che le stabilisce nel volerle rispettate anche all'estero, tanto più tenaci sono rispettivamente le altre legislazioni e le altre magistrature nel non riconoscerle; non

(1) Lawrence, l. c., pag. 393.

(2) Un decreto del 1873 che aboliva i titoli di nobiltà ne aveva liberati così gli antichi possessori dall'obbligo di far autorizzare il proprio matrimonio; ma fu abrogato il 25 giugno 1874 ed un'Ordinanza reale del 16 maggio 1875 rimise in vigore l'anteriore legislazione. Lehr, *Dr. Civ. Espagnol*, pag. 65-6.

solo un inglese colpito da quella incapacità speciale potè maritarsi a Roma, ed un principe francese agli Stati Uniti dove non esiste colla monarchia e colla nobiltà nemmeno il *substratto* necessario all'applicazione di un tale divieto, ma uno di quelli incapaci napoletano poteva sposare in Inghilterra validamente una inglese, ed avrebbe potuto in Francia unirsi validamente con una francese senza verun consenso del suo sovrano.

Ed a chi facesse notare la contraddizione fra il rispetto normalmente professato alla personalità ed il suo misconoscimento in questo caso speciale, i magistrati francesi potrebbero rispondere col Weiss (1) che anche il bisogno dell'autorizzazione non solo dei genitori ma altresì del capo dello Stato si deve ammettere come parte dello Statuto personale; ma però soltanto quando sia comune a tutti i cittadini appartenenti ad un determinato paese. Così il Tribunale civile di Bordeaux riconobbe (2) la nullità del matrimonio celebrato in Spagna nel 1865 con una donna bavarese trovantesi sotto l'Impero di quella disposizione che fino alla legge tedesca del 1875 impose ai bavaresi maritantisi all'estero la condizione del consenso sovrano.

Ma quando trattasi di disposizioni eccezionali contemplanti determinate categorie di cittadini, quel carattere intimo di personalità che ne dovrebbe imporre il rispetto vien meno tanto più in un paese dove sia principio di ordine pubblico l'eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge.

Infatti qual è il motivo principale del rispetto che vuolsi garantito dovunque alle leggi d'ordine personale? Certamente questo sopratutto: che si suppone il regolamento della capacità giuridica sancito in un determinato paese, corrispondere all'indole, allo sviluppo ed alla maturità stessa della capacità effettiva delle persone appartenenti a quel medesimo territorio; che fra il regolamento giuridico e l'indole fisica e morale degli individui di un paese si suppone esistere necessaria e quasi organica corrispondenza. Ora come sarebbe logico ammettere, partendo da tali principii, che in uno stesso paese disposizioni diverse dalle normali sancite per una determinata categoria di persone designate con certi nomi e discendenti da certi ceppi speciali, possano preten-

(1) L. c., pag. 633-4.

(2) 18 gennaio 1882, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 539.

dere alle stesse caratteristiche ed allo stesso rispetto dovuto a quelle, e che due regolamenti diversi della capacità siano considerati come collegati del pari organicamente coll'indole delle persone sotto lo stesso cielo e fra la stessa gente? Ciò giustifica anche negli Stati che riconoscono la personalità della capacità personale, l'apparente contraddizione fra il rispetto delle disposizioni straniere normali e comuni che la riguardano ed il misconoscimento delle disposizioni eccezionali e speciali a determinate categorie di persone; misconoscimento di cui citammo un esempio nel caso del matrimonio del principe De Wittgestein, nullo secondo la legge nazionale prussiana e valido secondo il diritto della Svizzera dove fu celebrato. (1)

438. — Un motivo di rispetto all'ordine pubblico non solo di uno Stato ma di tutta la parte migliore della società civile che riposa sul fondamento della monogamia, autorizza ogni legislazione ad essere rigorosamente territoriale circa la poligamia. È questo un istituto che troppo si oppone all'ambiente giuridico e morale dei paesi cristiani, per potervi essere ammesso a favore degli stessi stranieri cui la legge nazionale non lo vieti; la legge ne fa un reato, la religione lo condanna come un peccato, la morale generalmente rispettata ne fa una colpa, la storia lo dimostra una piaga. Il maomettano che ha sposata una donna in Italia non potrebbe unirvisi con una seconda moglie; se la prendesse con qualsiasi cerimonia indipendente dall'autorità civile e secondo i riti della sua religione anche nel suo paese, quel matrimonio non potrebbe essere riconosciuto nè gli effetti fattine valere in Italia.

Tale principio si suol temperare con una restrizione ed una estensione che sarebbe desiderabile di evitare, e delle quali se l'una è giustificata da un concetto di buona politica e di libertà, l'altra è sotto ogni rispetto condannabile. La prima è la tolleranza della poligamia in certi paesi non cristiani soggetti a Stati europei anche nell'immediata vicinanza d'Europa o nell'Europa stessa: così la poligamia è tollerata per i mussulmani nell'Algeria che pur fa parte della Francia non a semplice titolo di colonia; sussiste per essi ad Assab ed a Massaua; e nella stessa Bosnia ed Erzegovina, e nella Bulgaria essa continua a formar parte dello statuto personale dei Maomettani secondo la dottrina della perso-

(1) V. n. 408.

nalità del diritto prevalente in quei paesi nei rapporti di diritto privato.

La seconda consiste in ciò: che alcuni paesi d'Europa non solo si rifiutano a permettere che si traduca in atto nel territorio la facoltà potenziale di uno straniero di diventare poligamo, non solo si nega il riconoscimento nel territorio ai due o più matrimoni da lui conclusi nel suo paese, ma si ritiene che qualunque matrimonio celebrato sotto l'impero di una legislazione che permetta la poligamia, differisca così intimamente dal matrimonio monogamo anche rispetto alla donna sposata sola o prima, da non autorizzare i magistrati del paese dove quei coniugi si trovano, nè a costringere i coniugi a continuare nella convivenza coniugale, nè ad accordare loro il divorzio; in breve da far sì che la loro unione non vi sia considerata come matrimonio e non formi ostacolo alla celebrazione di altra unione che uno di loro volesse contrarre. (1)

Nulla si può trovar a ridire contro il non riconoscimento di un matrimonio attualmente ed effettivamente poligamo; una opinione giudiziaria opposta si trova in una sentenza del Ruffin capo giudice della Carolina del Nord che sostenne: « Se un Turco con due mogli venisse qui, noi amministreremmo loro la giustizia dovuta alle relazioni da loro contratte in patria »; ma la giurisprudenza dei paesi di civiltà europea dove un maggior numero di maomettani è stabilito si mostra unanime nel senso del non riconoscimento. (2) Ma che il matrimonio monogamo contratto da uno straniero validamente nel paese a cui esso appartiene, non debba riconoscersi come matrimonio nei paesi dove impera le monogamia, soltanto perchè la legge patria di quello straniero *avrebbe* permesso a quel coniuge di diventare poligamo, parmi assurdo non solo dal punto di vista del diritto come misconoscimento di atti conformi alla legge personale ed alla *lex loci actus* e dei diritti acquisiti, ma anche dal punto di vista morale e politico della propaganda della civiltà europea.

Questa che insegna la continuità degli affetti e la dignità del connubio, non deve, appena due coniugi maomettani giungono nel suo grembo, autorizzarli ad abbandonarsi; poichè essa proclama la monogamia, a quei due coniugi che devono ritenere valido il primo

(1) Westlake, l. c., § 30 e 197.
(2) Guthrie, l. c., pag. 79, n. 3.

matrimonio non deve rendere possibile di contrarne un altro con altra persona senza verun precedente divorzio o ripudio, facilitando loro la poligamia per la mala applicazione di una disposizione appunto che tende a tutelare il rispetto del sistema opposto. Sarebbe questo un modo molto curioso di infondere tale rispetto, e dipenderebbe, come tanti altri propositi assurdi nella base e dannosi nelle conseguenze, dal concetto troppo indeterminato della territorialità connessa coll'ordine pubblico.

439. — Ragioni analoghe a quelle che spiegano il predominio della territorialità nelle incapacità speciali dei principi e dei nobili, lo spiegano anche nel campo di quei divieti che riposano unicamente sulla diversità di religione e di razza: poichè è tanto importante per uno Stato costituito a base confessionale l'impedire che un infedele profani il talamo e corrompa la prole di un credente, e per uno Stato organizzato da una razza dominante l'impedire che questa degeneri mescolandosi con razze inferiori, quanto è impossibile che uno Stato organizzato secondo i principii moderni di eguaglianza ravvisi in due persone di diversa fede o di diversa razza alcun che di diverso da due cittadini eguali in tutti i diritti ed i doveri al cospetto della legge. « Quand même les étrangers seraient régis par leur statut na-« tional, n'est-ce pas le cas d'appliquer le principe que le statut « personnel est dominé par le statut territorial lorsqu'un droit « essentiel de la société est engagé dans le débat? Et peut-il y « avoir un plus grand intérêt pour la société que la liberté re-« ligieuse, et, par suite, l'égalité religieuse des hommes? Il est « certain que là où le mariage est sécularisé comme en France, « en Belgique (et en Italie) on ne tiendrait aucun compte de la « loi étrangére qui prohiberait le mariage pour cause de reli-« gion » (1).

A tali osservazioni del Laurent si può aggiungere d'altronde, come un'applicazione dello stesso principio, che tutte le massime professate nei paesi che come il nostro hanno secolarizzato il matrimonio e proclamata la libertà religiosa, non rendono possibile il matrimonio che due individui di religione diversa appartenenti a quei paesi volessero celebrare davanti all'autorità locale in territorio dove tale matrimonio sia proibito per causa di religione.

(1) Laurent, vol. IV, pag. 595.

In Ungheria due persone di cui una sia ebrea e l'altra cristiana non possono unirsi in matrimonio a qualunque Stato appartengano come suddite; ma due ungheresi che trovansi in quella condizione potranno maritarsi egualmente in un paese dove imperino la libertà l'eguaglianza religiosa, quantunque i Tribunali austro-ungarici dichiarino poi nullo quel matrimonio. (1)

Così uno Stato che, nel proclamare l'eguaglianza dei cittadini non faccia differenza di razza e di classe, non tollererà che s'invochi una differenza di questo genere per dichiarare la nullità nel suo territorio di matrimonî celebrati fra persone di razza diversa anche dove sono proibiti. In questo senso decise nel 1884 il Tribunale di Pontoise nella causa Roger c. Roger. (2) Trattavasi di un francese di razza bianca che aveva sposato una donna di colore nella Luisiana secondo il cui Codice (art. 95) il matrimonio fra persone bianche e di colore è nullo; il marito faceva di tale divieto un argomento per domandare in Francia la dichiarazione di nullità del matrimonio; ma il Tribunale ne respinse l'istanza perchè « l'application du statut personnel de l'étranger ne saurait « être fait lorsque ce statut personnel viole l'ordre public éta- « bli en France; et l'on ne saurait méconnaître que, dans l'état « actuel de notre législation, toutes les lois qui tiennent au ma- « riage et à la constitution de la famille touchent à l'ordre « public, et que toute restriction à la liberté des mariages fondée « sur d'autres empêchements que ceux formellement prevus par « nos Codes et basée notamment sur des distinctions de race, ou « de couleur, doit être regardée comme devant porter atteinte à « cet ordre public et social tel qu'il est établi par nos lois con- « stitutionnelles et ne saurait, à ce point de vue, être sanction- « née en France ». (3) Frattanto quel matrimonio, anche se contratto in Francia non avrebbe potuto essere riconosciuto come valido in verun modo nella Luisiana. Anche dopochè nel 1870 i Negri ebbero ottenuto in tutti gli Stati Uniti l'esercizio dei diritti politici, gl'impedimenti al matrimonio per diversità di razza si mantennero in quegli Stati della federazione che prima li avevano accolti nelle proprie leggi ed ai quali nessuna autorità era competente, di fronte

(1) Bard., l. c., pag. 201, n. 1.
(2) *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1885, pag. 296-301.
(3) *Journal de Dr. Int. Pr.*, vol. cit., pag. 301.

all'autonomia dei singoli membri della federazione nella legislazione civile, ad imporne l'abolizione. Sicchè nel caso or ora citato il matrimonio avrebbe potuto essere celebrato in un altro Stato dell'Unione le cui leggi sono analoghe a quelle della Francia e sarebbe stato nullo in quello cui i conjugi appartenevano. (1)

È evidente che la speranza di ricondurre anche questi casi sotto il predominio della personalità in modo da togliere i conflitti simili a quelli che abbiamo addotto ad esempio, sarebbe troppo ardita e poco fondata; ma non può dirsi cosí dell'aspirazione a far sì che gli Stati concretino e determinino meglio quanto assolutamente interessa l'ordine pubblico, ed in questi limiti si accordino per riconoscere attivamente e passivamente la territorialità, fatta eccezione per quelli atti compiuti all'estero collo scopo manifesto di agire *in fraudem legis*.

440. — Diversi dagli impedimenti della specie ora accennata sono quelli stabiliti dalle leggi rispetto non già a certe classi particolari di persone, ma a certe condizioni speciali in cui i sudditi possono tróvarsi; questi impedimenti si presentano con più distinto aspetto di personalità e con minore aspetto di leggi di eccezione, poichè tutti i sudditi di uno Stato possono esserne colpiti quando trovinsi nelle condizioni contemplate dalla legge. Pure anche rispetto a questi prevale la tendenza a considerarli d'ordine pubblico nel senso di ritenerli personali per i proprî sudditi e territoriali per gli stranieri; sicchè dove tali impedimenti sono stabiliti si vuole che vi soggiacciano senza distinzione e cittadini e stranieri; i primi vi sono ritenuti obbligati dal proprio paese anche quando contraggono matrimonio in paese di diversa legge, ed i secondi ne sono liberati in onta alla legge del proprio paese contraendo matrimonio in paese soggetto a legge diversa dalla propria.

Così può dirsi dell'impedimento al matrimonio fra adulteri posto dalle leggi svedesi; (2) dell'impedimento proibitivo derivante secondo il diritto spagnuolo (3) dagli sponsali ad un nuovo matrimonio; dell'impossibilità opposta al matrimonio del coniuge di un assente dal diritto francese ed italiano (4) divieto quest'ultimo che

(1) Garnier, l. c., pag. 132, VIII.
(2) D'Olivecrona, l. c., pag. 347
(3) Lehr, Dr. Civ. Espagnol, pag. 60.
(4) C. C., Fr. art. 3, 147 e 170 e C. C. It., art. 100, 102.

non risulta invece dal Codice austriaco; (1) secondo il Fiore, (2) e contrariamente alla giurisprudenza della Cassazione romana, dell'impedimento risultante da omicidio commesso a danno del conjuge di chi si voglia sposare anche nel caso che la condanna sia stata pronunciata da un tribunale straniero.

L'articolo 103 del Codice italiano è così largamente concepito da garantire in Italia nelle maggiori proporzioni possibili il rispetto alle leggi proibitive dello straniero; ma alla soluzione voluta dal Fiore nell'ultimo caso si oppongono la dottrina e la pratica costante circa gli effetti e l'esecuzione delle sentenze penali. Così avverrebbe nel caso di conjugi bavaresi che trovandosi nel caso previsto dalle leggi del 1 Maggio 1861 e del 16 Aprile 1868 volessero contrarre un matrimonio in Italia. La prima di quelle leggi stabilì che la celebrazione del matrimonio fra sudditi bavaresi non possa aver luogo se non dopo presentazione di un certificato dell'autorità amministrativa del distretto competente che attesti non esistere impedimento al divisato matrimonio, ed in ciò va d'accordo colla disposizione italiana che richiede un certificato analogo. Ma la seconda di quelle leggi stabilisce che il certificato possa esser negato quando uno dei fidanzati sia sottoposto ad accusa o condannato per crimine o delitto, o per essersi dato alla prostituzione, o quando abbia sollecitato od ottenuto nei tre ultimi anni soccorsi dall'assistenza pubblica, o sia in ritardo nel pagamento delle somme dovute alla Cassa Municipale ed a quella dei poveri del Comune del domicilio, o si trovi sotto tutela, o sia stata fatta contro di lui una domanda di interdizione, od iniziata una procedura di fallimento. (3) Nel caso che quei fidanzati bavaresi, non potendo ottenere dall'autorità della patria il certificato richiesto dalla legge nazionale e da quella italiana, dimostrassero ch'esso fu loro negato per uno di quei motivi, par fuori d'ogni dubbio che riuscirebbe loro d'ottenere egualmente nel nostro paese la celebrazione del matrimonio; ed è molto probabile che, portati dinanzi ai giudici i due primi casi testè accennati, cioè quello del precedente adulterio, e quello risultante da altri sponsali secondo il diritto spagnuolo, quel rispetto sia loro negato in omaggio all'articolo 12 preliminare; ed il terzo caso, quello cioè del matrimonio del conjuge

(1) § 278.
(2) L. c., pag. 159, 160.
(3) *Annuaire de Lég. Étr.*, 1885, pag. 213, 4.

di un assente austriaco, d'altronde manifesta come l'applicazione che si fa di quell'articolo impedisca di concedere lo stesso rispetto anche alle disposizioni permissive della legge straniera: un italiano coniuge di un assente maritatosi in Austria sarà considerato come bigamo in Italia, e per converso ad un austriaco coniuge di un assente non sarebbe concesso in Italia di rimaritarsi. Anche in tali casi bisognerebbe concretare meglio quella vaga idea dell'ordine pubblico, uniformarsi maggiormente al concetto moderno della sovranità che è piuttosto l'espressione di una società di persone che non di un rapporto di semi-proprietà sul territorio e riconoscere chi vuole maritarsi libero o no a seconda che lo dichiara tale la legge del paese a cui appartiene.

È certo frattanto che finchè si riterranno tali specie di disposizioni negative come personali per i sudditi e territoriali per gli stranieri, sarà impossibile la diminuzione dei conflitti, perchè sarà impossibile quell'accordo di competenza che non può verificarsi se non mediante una transazione, un *do ut des* sulla base della sovranità personale o sulla base di quella territoriale.

441. — La necessità di simili accordi apparisce ancor maggiore quando si considerino gli impedimenti derivanti da età o da grado di parentela, e si voglia prenderli in esame nei rapporti fra legislazioni che nei termini generici garantiscono maggior rispetto alla legge personale circa la capacità a contrarre matrimonio. Ad uno Svizzero non sarebbe concesso, nemmeno se la sua legge lo permettesse esplicitamente, di sposare in Francia od in Italia una cognata, perchè gli articolo 163 del Codice civile francese e 59 del Codice civile italiano vi sono ritenuti d'ordine pubblico; (1) uno straniero minore di 15 o 18 anni per maritarsi in un paese dove questa età sia ritenuta la minima necessaria al matrimonio non può, secondo una circolare francese del 1832, approfittare della facoltà concessagli dal proprio diritto, ma ha bisogno per maritarsi di una dispensa d'età in Francia in omaggio all'ordine pubblico ed ai buoni costumi; e due fidanzati zio e nipote appartenenti ad un paese le cui leggi non si oppongano al loro matrimonio non potrebbero esimersi in Isvizzera dall'uniformarsi alla legge territoriale che lo proibisce. (2)

(1) Verger, l. c., pag. 22, 3

(2) Legge federale, art. 28, n. 2: secondo il König tale divieto non si estende anche agli stranieri, il Müller però lo sostiene con buone ragioni

In certi casi questa territorialità, combinandosi colle regole della competenza rende allo straniero, che non vi troverebbe verun ostacolo nella propria legge, un matrimonio piú difficile che agli stessi nazionali; così uno svizzero, un italiano od un francese che potrebbe maritarsi nel suo paese a diciotto anni non può farlo in Germania prima dei venti anni, e non può prevalersi nemmeno della dispensa perchè mentre mancherebbe in Germania un' autorità competente a concedergliela non potrebbe d' altronde domandarla nel proprio paese dove non ci sarebbe modo di dispensarlo da un impedimento che nella legge là vigente non esiste.

442. — Nè, per discutere che si faccia, si può dimostrare che sia poca la territorialità riaffermatasi sotto questo pretesto nella legge italiana. L'articolo 102 del Codice civile, dopo aver stabilito che la capacità dello straniero è determinata dalle leggi del paese a cui esso appartiene, soggiunge: « Anche lo straniero però è soggetto agli impedimenti stabiliti nella Sezione seconda del Capo I di questo titolo ». Ora in questa sezione si trovano appunto contemplati i limiti di età (art. 55), il divieto per la donna di rimaritarsi prima che siano trascorsi dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio precedente (art. 57), quello al matrimonio fra cognati e fra zii e nipoti (art. 59), gli impedimenti risultanti dalla parentela civile (art. 60), quello risultante dalla interdizione per infermità di mente (art. 61), la necessità del consenso dei genitori al matrimonio dei figli fino a venticinque, ed a quello delle figlie fino a ventun anni compiuti (art. 63), e finalmente la facoltà del re di dispensare dagli impedimenti i cognati e gli zii, e di dispensare anche dall' impedimento di età ammettendo al matrimonio gli uomini di quattordici e le donne di dodici anni compiuti (articolo 68). Una serie di impedimenti è dunque prevista ed imposta così ai nazionali come agli stranieri; sugli uni come sugli altri agisce la stessa potestà di dispensare; che cosa resta dunque della personalità riconosciuta dall'articolo 102 se non quella risultante dall' articolo 103: che cioè, in quanto v' ha di proibitivo e di negativo, lo straniero debba osservare anche la propria legge, ma senza poter invocare le facoltà che questa gli concede di fronte ai divieti della legge territoriale?

applicabile a tutti i matrimoni che si vogliano celebrare in territorio Svizzero. V. Müller. Zur Frage der Eheschliessufng in der Schweiz. Zeitschrift fur schweizerisches Recht, vol. 27, 3, pag. 494 e segg.

In Francia almeno il silenzio della legge permise alla giurisprudenza di adottare senza contraddizione misure corrispondenti al rispetto della personalità circa la necessità del consenso dei genitori; ma di fronte a disposizioni così esplicite com'è possibile imitare la giurisprudenza francese senza violentare la legge? Questa sottomette gli stranieri alle stesse condizioni dei cittadini, anzi a due leggi: alla personale propria ed a quella italiana, ed in caso di conflitto, come dice il Laurent, (1) quest'ultima sempre prevale; tale è anche l'interpretazione del Pacifici-Mazzoni, il quale sostiene applicabili agli stranieri tutte le condizioni imposte ai cittadini perchè sono d'ordine pubblico, (2) e su questa interpretazione si fonda un altro recente autore francese per criticare il Codice italiano. (3) Altri ripugnano da una interpretazione che conduce quasi all'annullamento dello statuto personale: così il Bianchi vorrebbe distinte fra le varie disposizioni quelle che formano uno statuto di diritto pubblico cui lo straniero debba essere sottomesso, da tutte le altre che dovrebbero lasciarsi regolare dallo statuto personale; l'Esperson tenta egli pure di diminuire la portata dell'alinea dell'articolo 102 dicendo di intendervi d'accordo coll'Ahrens comprese non già le condizioni affermative (come consenso dei genitori, età, ecc.), ma le negative, (per esempio: non essere unito in precedente matrimonio, non essere in certo grado di parentela coll'altro coniuge), e sostenendo che a queste ultime soltanto devesi intendere applicabile la disposizione dell'articolo 102. (4) Tale distinzione però, oltrechè non autorizzata dalla lettera della legge, parmi analoga alla distinzione verbale fra statuti reali e statuti personali; basterebbe infatti che invece di *essere maggiore*, si scrivesse *non essere minore* ed *essere celibe*, invece di *non essere unito in precedente matrimonio*, perchè le condizioni si trasformassero di affermative in negative e di negative in affermative.

443. — Anche il Fiore cercò recentemente di dare un'interpretazione restrittiva dello stesso articolo del Codice e di conci-

(1) L. c., pag. 609 e 610.

(2) Istituz. di Dirit. Civile, 3ª Ediz., Vol. I, pag. 178 e seg.

(3) Glasson, Les abus qui peuvent resulter du conflit des lois rélatives au mariage. *Annales de l'École libre des Sciences Politiques*, I année, nº 1, Paris, Alcan, 1886, pag. 42.

(4) Esperson, Le Droit int. privé dans la législation italienne.

liare l'articolo 6 preliminare coll'articolo 102 e le due parti di quest'ultimo fra loro. (1) Egli sostiene che l'articolo 102 non ha potuto annullare l'articolo 6 e che essendo l'assenza di una delle condizioni enumerate nella Sezione II del capo I in generale un impedimento al matrimonio « il legislatore, (2) ha voluto fare delle riserve rispetto alle condizioni relative all'età ed alla capacità dello straniero riaffermando di nuovo nel primo alinea dell'articolo 102 il principio stabilito nell'articolo 6, così da dare a quell'articolo il seguente significato: « È certo che per contrarre matrimonio la capacità dello straniero è retta dalla sua legge nazionale; sono obbligatorie per lui le disposizioni creanti impedimenti diversi da quelli basati sulla mancanza di capacità ».

« Interpretando così l'art. 102, soggiunge il Fiore, si arriva a riconoscere che tutto quanto concerne l'età e la capacità a consentire con o senza l'assistenza dei genitori, spetta al regolamento della legge nazionale del coniuge futuro, ma per tutto il resto la legge italiana gli si impone. Ne risulta che gli articoli 55, 63, 64, 65, 66, e 67 della Sezione suaccennata non sono applicabili agli stranieri mentre lo saranno tutti gli altri articoli ». Così la stessa Sezione sarebbe suddivisa in due parti: le norme circa l'età ed il consenso degli ascendenti non sarebbero obbligatorie per gli stranieri, ma sarebbero obbligatorie per loro quelle circa il matrimonio precedente, il termine per la vedova, la parentela naturale e civile, l'interdizione e la pena; e si dovrebbe applicare in tali rapporti il Codice italiano rispetto agli stranieri in modo ed in proporzioni analoghe all'applicazione che vedemmo farsi dalla giurisprudenza del Codice francese. Il Fiore poi restringe più oltre ancor maggiormente l'impero della legge italiana sugli stranieri così per quanto riguarda la parentela naturale come per quanto riguarda quella civile. Quest'ultima è ritenuta da lui un impedimento assoluto nei limiti voluti dal Codice Italiano. Rispetto poi alla prima egli distingue il numero 1 dell'articolo 59 del C. C. (sorelle e fratelli legittimi e naturali) dai numeri 2 e 3 (affini nello stesso grado e zii e nipoti) e ritiene che questi ultimi divieti, cioè i soli rispetto ai quali possa darsi divergenza di leggi fra popoli civili, non siano obbligatorii per gli stranieri se non quando lo

(1) Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 161-178.

(2) L. c., pag. 166, 7.

richieda per circostanze speciali un motivo di ordine pubblico liberamente constatabile dal giudice italiano. (1)

Tale interpretazione suggerisce due specie di osservazioni: poichè, per quanto dolga in simili materie il dissentire dal Fiore, la sua interpretazione mi pare violenti troppo la legge se la considero come una spiegazione degli articoli di questa, mentre, se la considero come una critica ed un disegno di riforma, vi trovo ancora soverchio l'impero della territorialità. La giurisprudenza francese, favorevole alla personalità delle condizioni di età e di consenso, non si oppone ad un preciso testo di legge e può pretendere di interpretarne lo spirito; ma a quella italiana manca una base di tal natura; anzi l'alinea dell'articolo 102 le impone un indirizzo del tutto diverso; la legge non fa distinzioni fra gli impedimenti stabiliti nella Sezione II del capo I, ed ogni distinzione della giurisprudenza, per quanto informata a concetti per se stessi lodevoli, non può ritenersi che come arbitraria quando la si considera come applicazione della legge. Ma, come critica e disegno di una legge migliore, l'interpretazione del Fiore mi pare insufficiente perchè troppi elementi personali lascia soggetti allo statuto reale; nè si sa, dal punto di vista del diritto positivo, come egli possa distinguere fra l'età e la parentela che nella legge hanno questo di comune di essere impedimenti assoluti in un certo grado ed entro certi limiti e di essere in certi limiti egualmente soggetti alla dispensa reale (art. 68); nè si sa come circa la parentela possa distinguere le due parti dell'articolo 59 attribuendo alla prima un valore assoluto ed alla seconda un impero sui soli cittadini, mentre nulla autorizza a non ritenere come per questi anche per quelli necessaria la dispensa.

444. — È chiaro in ogni modo che fino a quando tanta territorialità sussista anche secondo le leggi più rispettose della personalità e secondo gli interpreti di quelle a questa più favorevoli, non possa che germogliare e prosperare nel campo del diritto internazionale la mala pianta dei conflitti.

Il Lehr (2) pensa col Garnier che possa esser dato di prevenire questi ultimi creando una specie di magistratura internazio-

(1) Fiore, *Du mariage célébré à l'étranger suivant la legislation italienne*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 157-8.

(2) D'un projet de reglement ou d'office internat. en matière de mariage. *Revue de Dr. Int.*, 1885, pag. 153-4.

nale competente nelle liti relative al matrimonio, i responsi della quale sarebbero obbligatorî ogniqualvolta sorgesse un conflitto in occasione di un matrimonio progettato da due stranieri o da uno straniero e da un regnicolo. « Tale istituzione sarebbe organizzata in virtù di una convenzione internazionale analoga a quelle che hanno già centralizzato le poste, i telegrafi ed i trasporti per ferrovia; le varie potenze contraenti vi sarebbero rappresentate da uno o più giureconsulti autorevoli; che cercherebbero una soluzione equa a ciascun conflitto e determinerebbero così a poco a poco regole che potrebbero, al momento opportuno, servire di base ad un Codice matrimoniale internazionale ».

Ma tutto ciò che abbiamo detto ci persuade che la creazione di un tribunale internazionale non sarebbe sufficiente se contemporaneamente i criterî di diritto internazionale privato che abbiamo veduto accolti nei vari Stati circa questa materia non fossero radicalmente modificati. Infatti che cosa potrebbe fare senza di ciò il tribunale internazionale, senonchè facilitare la prova delle leggi dei vari Stati? Ma quando queste leggi fossero chiaramente provate, appunto allora si manifesterebbe chiaramente in molti, in troppi casi, l'impossibilità di riconoscere nel territorio soggetto all'una i criteri adottati dall'altra e gli effetti di quelli. Il tribunale internazionale, senza una modificazione nel fondo del diritto, non potrebbe fare gran bene; ed al compimento di tale modificazione per opera di quello considerato sia come legislatore, sia come Corte suprema, si opporrebbe in tutti gli Stati una impossibilità costituzionale.

Ma tale difficoltà non deve distogliere dal desiderare una riforma nè dal tentare di compierla, poichè gli inconvenienti dello stato attuale si fanno ogni giorno più manifesti; e l'avvicinamento delle varie legislazioni circa i criterî di diritto internazionale privato, necessario perchè possa esistere quel tribunale, è per grado di difficoltà e per indole di conseguenze molto diverso dal diritto uniforme. Non può essere che per effetto di una strana confusione fra due cose tanto diverse che il Glasson (1) preferisce alle riforme lo stato attuale « che lascia ad ogni popolo i suoi costumi ed il suo carattere »; e qualifica il tribunale internazionale « une juridiction qui dénationaliserait la famille » conchiudendo che « ce

(1) L. c., pag. 42.

sont de pures chimères ». Guai se davanti ad ogni difficoltà i partigiani d'ogni riforma avessero sempre detto così! È strano poi che il Glasson affermi che un regolamento internazionale del matrimonio « dénationaliserait la famille », quando invece il maggior riconoscimento delle qualifiche personali dei suoi componenti tenderebbe appunto a produrre l'effetto contrario.

445. — Frattanto non mancano accordi bilaterali fra gli Stati o disposizioni unilaterali tendenti a facilitare la conoscenza ed il rispetto delle leggi straniere nei limiti consentiti dal rispettivo diritto civile, ed a rendere meno incerti che sia possibile i rapporti conjugali. Così la Convenzione fra l'Italia e la Germania del 3 dicembre 1874 sulla celebrazione del matrimonio fra i sudditi rispettivi mantiene all'articolo 2 con reciprocità l'obbligo di provare che secondo le leggi civili della patria nessun impedimento osta al divisato matrimonio; e secondo un accordo coll'Inghilterra il console della nazione del fidanzato è dichiarato competente a rilasciare il certificato. L'obbligo di tale prova, imposta dalla circolare francese del 4 marzo 1831, è riconosciuto da un accordo della Francia col Belgio, e la dichiarazione fra i due paesi del 18 ottobre 1879 per facilitare la presentazione dei documenti che i sudditi d'uno Stato devono produrre per contrarre matrimonio nell'altro, ne dichiara sufficiente la legalizzazione sia del presidente d'un tribunale, sia d'un giudice di pace o del suo supplente. (1)

Il sistema analogo della presentazione dei documenti giustificativi, vigente in Austria secondo un decreto del 1814, in Prussia secondo una legge del 1854, in Italia in virtù dell'articolo 103 del Codice, in Spagna dell'articolo 25 della legge del 1870, in Svizzera degli articoli 31 e 37 della legge del 1874, e nel Belgio anche rispetto agli altri Stati per la circolare del ministro degli affari esteri del 1° luglio 1882, mostra che predomina il concetto di assicurare il più possibile la certezza delle relazioni matrimoniali ed il conoscimento nei singoli territori di quelle disposizioni di legge straniera che la legge locale vi permette di far osservare. (2)

(1) Verger, l. c., pag. 60-1.

(2) A tale scopo gioverebbe il tribunale internazionale tanto più che non tutti gli Stati permettono ai diplomatici proprî il rilascio di quei certificati; ma, ridotta a tali proporzioni, quell'istituzione meriterebbe piuttosto il nome di ufficio che di tribunale internazionale.

Tale sollecitudine risulta anche da certe precauzioni dell'amministrazione inglese e dall'accordo franco-inglese del 1885 stipulato in seguito ad un'agitazione che nella sua origine aveva avuto uno scopo più alto. Fin dal 1879 l'associazione nazionale per il progresso della scienza sociale erasi occupata nella propria conferenza di Manchester dei conflitti di diritto matrimoniale in genere e particolarmente della sorte di donne inglesi che sposando francesi incapaci secondo la loro legge personale così andassero incontro inconscie alla grave sventura di un abbandono senza riparo. Finchè le difficoltà che si oppongono all'adozione da parte dell'Inghilterra e dei paesi del continente di regole uniformi di diritto internazionale privato siano superate, l'associazione propose di ricorrere come ad un palliativo (as a palliative) nell'attuale condizione di cose, ad un sistema di informazioni di legislazione straniera da trasmettersi ai varii ufficiali di stato civile ed ai ministri del culto. Tale consiglio fu seguito dal governo inglese: il Registrar General ha inviato ai registrars ed agli altri ufficiali opportune istruzioni; ed altre nozioni di legislazione comparata compilate dall'associazione promotrice furono sottoposte all'approvazione dei due arcivescovi per essere diffuse fra il clero. (1) Allo stesso ordine di idee si ispirarono i governi d'Inghilterra e di Francia nel concordare il modello di una dichiarazione da rilasciarsi nei casi di matrimonî fra Francesi ed Inglesi in Inghilterra, dagli ufficiali consolari francesi. Così l'Inghilterra fece quel poco che il suo diritto le consente per evitare conflitti e sventure; poichè non bisogna esagerare la portata di tale accordo: non si ritengono necessarie le condizioni personali delle leggi francesi per permettere il matrimonio di Francesi in Inghilterra; ma rendendo possibile ottenere un certificato, si dà modo alla inglese che voglia sposare un francese di sapere prima del matrimonio se questo sarà o non sarà riconosciuto nella patria del marito. Più comprensiva è la Convenzione del 4 Giugno 1886 (2) fra la Germania e la Svizzera secondo la quale i sudditi dei due Stati sono tenuti, quando ciò sia richiesto nel loro paese d'origine o nel luogo dove si celebra il matrimonio, a presentare un attestato dell'autorità competente del loro paese

(1) Twiss. The conflict of the Marriage Laws. Association's Report, 1882 pag. 144, 5.

(2) Art. 2, *Archives Diplomatiques*, 1886, n. 3, pag. 161.

constatante che nulla si oppone, secondo il diritto civile della patria, alla celebrazione del matrimonio.

446. — Tutte le disposizioni e gli accordi cui sono venuto accennando, se mostrano da un lato la sollecitudine degli Stati per rendere giuridicamente quanto più certa e possibile la condizione del matrimonio, e la loro disposizione ad aprire il varco quanto il loro diritto lo consente agli effetti delle leggi straniere, mostrano d'altronde che i criterî di diritto internazionale privato vigenti nelle loro leggi consentono a tali effetti un minimo di espansione.

Il massimo a cui si riduce la possibilità di rispetto alla legge straniera circa la capacità a maritarsi, può esprimersi con questa formula: « Gli stranieri che vogliono maritarsi in uno Stato sono sottoposti *anche* alle condizioni *negative* della legge personale, *oltre* alla massima parte delle condizioni negative imposte ai cittadini ». Sicchè le facoltà positive garantite ad un individuo dalle leggi del suo paese si spuntano contro il divieto della legge territoriale.

Ad un predominio piú largo della personalità in tale ordine di rapporti si oppone anzitutto, come abbiamo notato, in modo completo la dottrina prevalente in Inghilterra ed in America rispetto alla quale e rispetto all' opportunità ed alla possibilità di una riforma basta riferirsi a quanto fu detto altrove. (1) Negli Stati dove, nelle sue caratteristiche generiche, abbiamo veduto imperare il principio della personalità, si oppone sopratutto alla piena esplicazione di questo un falso, vago e troppo esteso concetto dell' ordine pubblico.

447. — Questo si esplica anzitutto, come accennai, negli impedimenti per causa di religione, non riconosciuti per gli stranieri dove non esistono per i nazionali, ed imposti dove esistono per questi anche agli stranieri; nel qual ultimo caso tale soluzione pare imporsi per una necessità materiale dove non esiste il matrimonio civile. Però anche in tal caso non mi parrebbe difficile allargare il dominio della personalità, sia riconoscendo in tutti i paesi dove quegli impedimenti esistono, i matrimoni consolari, sia riconoscendoli anche dove non esistono per i nazionali, rispetto agli stranieri che vi sono soggetti; rendendo necessaria in questo caso ed in quello di matrimonî fra persone di nazionalità diversa

(1) V. vol. I, pag. 282.

o di due sudditi dello Stato che ammette il divieto dove questo non è ammesso, la naturalizzazione di una o di entrambe, ma raggiungendo così lo scopo di un matrimonio od impossibile dovunque o dovunque possibile e valido. Nè diverso sistema dovrebbe seguirsi rispetto agli impedimenti derivanti da differenza di razza.

Tale mi parrebbe la soluzione più logica; poichè e nell'uno e nell'altro caso non si imporrebbe la propria legge ad uno straniero, non si indagherebbero le sue qualità personali, ma si limiterebbe l'azione dell'autorità del paese dov'esso si trova, a riconoscerlo capace od incapace secondo la sua legge nazionale; non si baderebbe al colore della sua pelle, all'origine della sua razza, alla denominazione della sua fede, ma alla sua personalità politica ed alle conseguenze giuridiche che devono derivarne. Ed a chi facesse notare in tali casi un'offesa all'ordine pubblico, si può rispondere che ogni Stato è autorizzato a far prevalere un determinato ordine piuttosto che in un dato territorio, in una data società di uomini; ch'esso non ha tanto la missione di diffondere certe idee fra individui appartenenti a società diverse, quanto quella di mantenerle nella propria società preservando questa da altre idee opposte; e che la sua missione pertanto non resta offesa per ciò che nel suo territorio si permetta o proibisca ad uno straniero di compiere un atto non per causa delle qualità fisiche, etniche o religiose di questo straniero, ma per causa delle sue facoltà giuridiche quali risultano dalle leggi del paese a cui appartiene.

Che se agli Stati il principio territoriale in tale materia paresse preferibile, allora dovrebbero ridurlo veramente territoriale nel senso di imporre a tutti i proprî divieti nei limiti del proprio territorio, ma di non pretenderne l'osservanza entro determinate condizioni dai sudditi fuori di questo. Poichè tutta la possibilità di una eliminazione dei conflitti nel diritto internazionale privato riposa, per quanto si riferisce all'ordine pubblico, sulla base della transazione, e v'è un ordine pubblico più universalmente tutelabile di tutti quelli dei singoli Stati: che è la certezza dei diritti nella loro genesi, e la garanzia universale dei diritti acquisiti.

448. — Alla eliminazione dei conflitti si oppongono ancora le condizioni di età e di parentela, considerate come interessanti l'ordine pubblico e che sopratutto importerebbe di ricondurre in gran parte nel campo dello statuto personale. Ed il criterio per distinguere quali fra quelle disposizioni dovessero ritenersi per-

sonali e quali d' ordine pubblico si troverebbe nella possibilità della dispensa.

Obbligatorio per tutti si dovrebbe ritenere in un paese ogni divieto di ciò che la legge di quello a ragione od a torto ritenga così pernicioso per l' ordine giuridico e morale da non riconoscere rispetto a quello veruna potestà di dispensare: tali l' obbligo di non contrarre un secondo matrimonio se non dopo lo scioglimento del primo, vigente in tutti gli Stati cristiani e la proibizione di sposare la cognata come è concepita e sancita dal diritto inglese. Ma quando trattasi di quei divieti dai quali è ammessa una dispensa e nei limiti di tempo e di gradi in cui una tale dispensa può agire, non si dovrebbe ravvisarvi un ostacolo all' impero della legge straniera; è ben diverso il turbamento dell' ordine giuridico derivante dal matrimonio fra ascendenti al quale nessuna autorità può autorizzare, da quello derivante dal matrimonio fra cognati dove non è proibito così assolutamente come in Inghilterra, o dal matrimonio fra zii e nipoti o fra minori di 18 anni cui l' autorità sovrana può dispensare. Si permette dopo una dispensa quello stesso atto che la regola generale proibisce: dunque quell' atto non turba necessariamente per se stesso l' ordine giuridico e morale in grado tale da dover essere assolutamente escluso; ed in una disposizione di legge straniera relativa a tutti i cittadini del paese dove quella legge impera, devesi riconoscere per lo meno in quanto li riguarda altrettanta autorità e molto maggiore competenza che non nella dispensa individuale del potere esecutivo del paese dove deve seguire il matrimonio. S' ispira invece maggiormente al rispetto della legge territoriale l'ottava fra le conclusioni presentate dal Koenig all' Istituto di Diritto Internazionale nella seconda sessione di Bruxelles, (1) proponendo che in ogni paese si applichi con tutte le conseguenze la distinzione fra impedimenti dirimenti e proibitivi ammessa dalla legge territoriale; e che mentre i primi vi siano obbligatorii per tutti, dagli altri si possa dispensare secondo la legge del luogo di celebrazione. Sarebbe invece logico e giusto che per gli stranieri una tale dispensa non fosse richiesta.

Tutte le caratteristiche intimamente personali, come l' età maggiore matrimoniale ed il consenso, tutte le restrizioni di età mi-

(1) *Annuaire de l' Institut de Droit International*, Bruxelles, 1886, pag. 73, 4.

nima e di gradi proibiti nei limiti dispensabili dovrebbero seguire la legge personale; tutti gli altri elementi la legge territoriale; ma questi ultimi dovrebbero seguirla così positivamente come negativamente: cioè, ad esclusione della manifesta *fraus legis*, che dovrebbe essere esclusa per comune accordo dal beneficio, ogni Stato dovrebbe poter imporli nel proprio territorio agli stranieri, ma dovrebbe altresì riconoscere per validi gli atti compiuti dai propri sudditi all'estero contro le proprie disposizioni di quella specie.

Una base di accordo probabile non so ravvisare nè nelle proposte del Bar e del Brusa, nè in quelle del Koenig presentate alla sessione di Bruxelles dell'Istituto di Diritto Internazionale. Le seconde, che furono considerate in quella sessione come punto di partenza delle deliberazioni dell'Istituto, danno soverchia prevalenza alla legge del luogo di celebrazione, ma almeno si presentano colla logica di un principio che le governa; le prime all'incontro mancano anche di questo titolo di lode e sono una serie di articoli che succedendosi non si completano ma si contraddicono. I due egregi relatori propongono (1) che la capacità di entrambi i fidanzati si intenda regolata dalla legge nazionale; i loro limiti di età dalla legge del luogo di celebrazione; e il bisogno del consenso dei genitori della moglie dalla legge nazionale di questa. Poi nel caso che la fidanzata abbia l'età richiesta dalla legge del suo paese e da quella del marito, la ritengono dispensabile dal giudice dalla deficenza che esista secondo la legge del luogo di celebrazione ed anche dal consenso dei genitori richiesto dalla legge personale di lei; sicchè, dopo aver dichiarata la legge di uno Stato competente a regolare un determinato rapporto, si affida l'eliminazione della sua forza obbligatoria al puro arbitrio della magistratura di un altro Stato; molto più logico è il Koenig (2) che per l'età richiede sempre le condizioni volute dalla legge del domicilio o della celebrazione. Inoltre, quando il consenso dei genitori sia richiesto non già dalla sola legge della moglie ma da quelle di entrambi, i due relatori non ammettono più la deroga or ora accennata; ma concedono però di farne senza quando, notificato il progetto del matrimonio al console della nazione della fidanzata, trascorra un certo tempo senza che si presenti una opposizione; (3) molto più logicamente il Koenig propone

(1) Art. 5. — (2) Art. 7. — (3) Art. 6.

che il consenso dei genitori sia regolato dalla legge nazionale nei limiti ammessi dalla legge del domicilio, nei limiti cioè risultanti dal diritto italiano secondo il quale le disposizioni negative della legge personale si aggiungono a quelle pur negative del luogo di celebrazione. Le proposte del Koenig non mi soddisfano come quelle che concedono soverchio impero alla legge territoriale; quelle del Bar e del Brusa non solo perchè giungono ad analoghe conseguenze, ma anche perchè non si uniformano ad un concetto direttivo circa quella competenza di leggi ben determinate a regolare in via assoluta determinati rapporti giuridici, che è il solo fattore possibile d' una riforma del diritto internazionale privato. (1)

449. — Stabilita pertanto con precisione e con coerenza l' orbita d'azione delle leggi fuori del proprio territorio, diverrebbe più pratica e più utile l' opera di un tribunale internazionale, il cui còmpito non sarebbe più soltanto quello di far nota una legge straniera che in moltissimi casi non potrebbe venir applicata, e si spunterebbe contro gli ostacoli della legge territoriale senza che questa potesse far sentire alla sua volta in casi analoghi i propri effetti in altro territorio, ma quello di far note leggi la cui cerchia di competenza sarebbe già stata antecedentemente determinata e di risolvere i conflitti in base ad una serie di coordinate regole prestabilite. Incaricato di applicare tali norme consentite da tutti, rivestito non solo dei mezzi d' informazione necessari, ma della competenza a risolvere i conflitti nei casi speciali, tale istituto meriterebbe veramente, non già il nome di ufficio, ma quello di tribunale. Tutto l'esame delle condizioni del diritto comparato rispetto alla capacità a contrarre matrimonio, dimostra quanta ne sarebbe l'utilità; perchè diventasse agevole la sua attuazione basterebbe che, insieme alla consapevolezza di tale utilità, s'insinuasse negli Stati un più retto, meno geloso e sopratutto più logico e coerente concetto dei diritti della sovranità.

(1) V. la difesa di tali conclusioni nel rapporto del Bar all'Istituto di Diritto Internazionale nella sessione di Heidelberg del 1887; *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 703-9.

VI

FORMA DEL MATRIMONIO

450. Per quali guise le forme del matrimonio interessino il diritto internazionale privato. — 451. Matrimonio civile obbligatorio, sua origine. Francia, Belgio, Olanda, Hayti, Italia. — 452. Svizzera, Messico, Germania. — 453. Matrimonio religioso: sua origine da un concetto analogo a quello che produsse quello civile. — 454. Matrimonio religioso obbligatorio: Russia, Ungheria, Stati Balcanici. — 455. America latina. — 456. Matrimonio religioso per i seguaci della chiesa stabilita e civile per gli altri: Spagna, Portogallo e Norvegia. — 457. Matrimonio religioso obbligatorio e matrimonio civile sussidiario o di necessità: Austria e Svezia. — 458. Matrimonio civile e religioso combinati o facoltativi: Inghilterra, Danimarca, Irlanda, India, Colonie inglesi. — 459. Matrimonio consensuale: Scozia. — 460. Stati Uniti: varietà di leggi civili. — 461. Validità del matrimonio consensuale negli Stati Uniti. — 462. Confermata dalla giurisprudenza americana. — 463. Riconoscimento fra gli Stati della regola *locus regit actum* circa la celebrazione del matrimonio: diritto italiano e francese. — 464. Giurisprudenza italiana e francese. — 465. Diritto degli altri paesi Europei e degli Stati Uniti ed accordi convenzionali per facilitare l'osservanza delle forme locali. — 466. Cause per cui nelle applicazioni particolari della regola possono sorgere conflitti. — 467. Confusione fra la forma e la capacità: obbligo del matrimonio religioso imposto ai sudditi sposati all'estero: Spagna, Argentina, Portogallo, Brasile. — 468. Massimo rigore della legge ungherese e caso di conflitto colla Svizzera. — 469. Eguale rigore del diritto russo; soluzione più retta del diritto austriaco. — 470. Bontà di tale soluzione. — 471. Seguita dai paesi che ritengono obbligatorio il matrimonio civile. — 472. Se l'obbligo delle pubblicazioni antecedenti sia condizione alla validità del matrimonio: Stati che le richiedono da chi si marita all'estero. — 473. Giurisprudenza francese non ne fa una condizione della validità; giurisprudenza italiana. — 474. Effetti dell'obbligo della trascrizione del matrimonio celebrato all'estero nei registri dello stato civile patrio. — 475. Diversità di criterii circa il carattere facoltativo della regola *locus regit actum* nei matrimonii all'estero fra connazionali. — 476. Matrimonii consensuali fra americani in paesi dove si richiede una forma solenne. — 477. Conflitti derivanti dalla gratuita presunzione americana di identità della legge straniera. — 478. Matrimonii consensuali in paesi di matrimonio solenne e matrimonio religioso in paese di matrimonio civile: conflitti. — 479. Matrimonî civili celebrati in paesi di matrimonio religioso: necessità della loro celebrazione nelle ambasciate o nei consolati. — 480. Matrimonio consolare nei paesi non cristiani. — 481. Matrimonio consolare negli Stati cristiani: sua origine. — 482. Matrimonio consolare fra connazionali del diplomatico o del console: Stati che lo adottano: in quale caso riconosciuto. — 483. Casi di non riconoscimento di tale matrimonio dove è celebrato: Austria, Argentina; precauzioni spagnuole. — 484. Disposizioni degli Stati Uniti per evitare tali conflitti e loro valore. — 485. Opportunità di ammettere convenzionalmente il matrimonio consolare fra connazionali del console: convenzione serbo-germanica. — 486. Matrimonio consolare quando

450. — Tutto ciò che riguarda la forma esterna degli atti giuridici presenta più scarse occasioni di conflitti; anzi a primo aspetto parrebbe non doverne presentare alcuna, poichè l'accordo in cui sembrano unirsi le leggi positive nell'accogliere rispetto alla forma le norme che vedemmo preferite dalla scienza, (1) farebbe credere che, in questa parte dei rapporti di diritto civile, si sia già trovata una di quelle formule che son destinate a costituire i fondamenti del diritto internazionale privato. Ciò non toglie però che si debba rivolgere brevemente l'attenzione anche all'ordinamento delle forme del matrimonio; anzitutto è necessario conoscerle perchè, accolta la regola *locus regit actum* e tenuto conto del trasmigrare sempre crescente di sudditi di un paese nel territorio di un altro, essi, per effetto del riconoscimento di quella regola, si trovano sottoposti non più alle leggi del paese a cui appartengono, ma alle leggi di quello dove si trovano, sicchè si può dire sotto quest'aspetto delle forme che la legge di ciascuno Stato diventa in qualche modo la legge di tutti. Ma l'omaggio dei singoli diritti positivi a quella regola è, nei riguardi del matrimonio, assai meno generale che non in quelli degli altri atti giuridici: in primo luogo perchè il matrimonio è un contratto *sui generis*, e l'unione continua di due persone non può confondersi coll'acquisto di un fondo, o la costituzione di una servitù; secondariamente perchè la famiglia è il nucleo dello Stato e la costituzione di quella interessa le sorti di questo: infine perchè una serie lunghissima di tradizioni si riferisce con diversa forza ed autorità nei vari Stati al modo con cui si celebra il matrimonio, avviene che sia più facile confondere in un tutto solo ciò che riguarda la celebrazione con quello che appartiene alla validità intrinseca dell'unione conjugale, a seconda

(1) V. vol. I, pag. 89. 159 e 193.

del punto di veduta da cui si parte, in guisa che l'una assorba, a dir così, l'altra, e la compenetri in se stessa anche nei riguardi della legge che deve regolarla. I diversi concetti accolti nei vari Stati, circa il significato e l'estensione della parola *forma* e circa le eccezioni da ammettersi alla territorialità del regolamento internazionale di quella, fà pertanto risorgere occasioni di conflitti anche in questo campo che dai conflitti parrebbe il più remoto e sicuro. Un breve esame pertanto delle forme del matrimonio secondo le varie leggi, è interessante non meno dal punto di vista del diritto comparato che da quello del diritto internazionale privato.

451. — La forma certamente più antica e più naturale e maggiormente ispirata al rispetto della libertà individuale è quella secondo la quale si ammette che lo stato matrimoniale sia prodotto senz'altro dal concorso delle volontà delle parti; (1) il matrimonio religioso rappresenta un altro stadio dello svolgimento delle forme matrimoniali; il matrimonio civile è infine il più moderno. Ora tutte queste tre forme, le cui rispettive origini storiche sono fra loro separate da lunghi intervalli di tempo, coesistono tuttavia insieme da circa un secolo, lottando tra loro, specialmente la forma civile e quella religiosa, la prima per dilatare il proprio impero, la seconda per conservare almeno il proprio sui territori che le sono rimasti.

La forma civile considerata come sola obbligatoria e sufficiente a dare validità al matrimonio non conta ancora un secolo di esistenza, e non è peranco fra tutte la più diffusa. La Costituzione Francese del 1791 (2) proclamava per la prima volta essere il matrimonio un contratto civile e la legge del 20 settembre 1792 lo regolava come tale rendendolo in tal guisa accessibile a tutti i cittadini senza distinzione di culto ed istituendo gli ufficiali dello stato civile per celebrarlo. Tali norme passarono poi nel codice francese che dispose: (3) « Il matrimonio sarà celebrato pubblicamente alla presenza dell'ufficiale civile del domicilio dell'uno o dell'altro dei contraenti; le due pubblicazioni saranno fatte alla municipalità del luogo ove ciascuno dei contraenti avrà il suo domicilio ». In Francia tale conquista dello Stato resistette a tutte le traversie

(1) Friedberg, Das Recht der Eheschliessung in seiner geschitlichen Entwickelung, 1865, pag. 309.

(2) Tit. II, art. 7, ap. Laurent, l. c., vol. IV, pag. 354.

(3) Art. 63-77-165 e 166.

della reazione, e dalla costituzione del 1792 ai nostri giorni imperò senza soluzione di continuità, e di là si diffuse in tanti altri paesi così che, se è esagerato dire col Glasson (1) ch' esso sia diventato il diritto comune del mondo civile, si può ripetere col Laurent che la lotta per la sua diffusione e le sue conquiste progressive siano una delle caratteristiche del nostro secolo.

Lo accolsero gli articoli 16 e 109 della Costituzione belga proclamando che « la redazione degli atti dello Stato Civile e la tenuta dei registri sono esclusivamente nelle attribuzioni delle autorità comunali » e che « il matrimonio civile dovrà sempre precedere la benedizione nuziale salvo le eccezioni che fossero stabilite dalla legge ». Ma tale costituzione non fece che confermare una legge esistente anche nell' intervallo di tempo trascorso fra la caduta di Napoleone, e la costituzione del Belgio in Stato separato; durante quei tre lustri era durata in vigore in quel paese come in tutto il regno dei Paesi Bassi di cui faceva parte, col Codice Civile francese anche l' istituto del matrimonio civile. Dopo la scissione l' Olanda modificò il proprio diritto privato conservando inalterato il principio del matrimonio civile. (2)

A questi tre Stati che potrebbero dirsi coll' isola di Maurizio e con alcuni dei possedimenti estraeuropei restati alla Francia, i primogeniti del matrimonio civile, seguono in ordine di tempo la nera repubblica di Hayti (3) che lo ammise nel Codice Civile del 1825 e la Rumania in quello del 4 Dicembre 1864. (4)

Il Codice Italiano ammetteva lo stesso istituto e gli identici principî colla sola differenza dalla legge belga di mancare d' una disposizione che assicurasse la precedenza della celebrazione civile a quella religiosa; (5) disposizione che fu invece riprodotta nella legge svizzera.

(1) V. *Le Mariage civil et le divorce.*

(2) Verger, l. c., pag. 64.

(3) Dove però la condizione reale della famiglia e della sua formazione è, specialmente nell' interno, sempre più misera. V. Spencer St. John: Hayti or the Black Republic. Smith Elder and. Co., 1884, cap. IV.

(4) Titlul II, Capitolul III, Despre actele de càsàtorie, § 60, 61; Titlul V, Capitolul II, Despre formalitàtile relative là celebrarea càsàtoriei, § 151.

(5) Art. 93. Il matrimonio deve essere celebrato nella casa comunale e pubblicamente innanzi all' ufficiale dello Stato Civile, dove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza.

452. — In quest' ultimo paese fino al 1874 il regolamento del matrimonio restò abbandonato ai singoli cantoni che in parte l'avevano secolarizzato ed in parte l'avevano abbandonato al clero. Ma nel 1874 come una conseguenza dell' articolo 54 della Costituzione del 1848, modificata in quell' anno, che aveva trasformata la Svizzera di Confederazione di Stati in Stato federale (1) una legge federale del 24 dicembre secolarizzava il matrimonio prendendolo sotta la tutela della federazione. (2)

Nel Messico il principio del matrimonio civile obbligatorio era stato proclamato da Iuarez nel 1861, (3) nè il Lawrence fa alcun cenno che dopo le vicende dell' impero non sia stato riproclamato. Pare però che esso sia restato da allora, tacitamente abolito per vari anni in buona parte della confederazione. Questa infatti, come la Svizzera e la Germania, non ha unificato il proprio diritto civile. Un Codice elaborato per il distretto federale di Messico e per il territorio federale della bassa California fu votato il 20 Dicembre 1870, entrò in vigore il 1° Marzo 1871, e fu accettato successivamente dagli Stati di Messico, Vera Cruz, Hidalgo, Oexaca, Sonora, Cabxa, Durango, Uascala, estendendosi progressivamente alla metà della Confederazione Messicana; gli altri stati di questa restarono frattanto regolati dall'antica legislazione spagnuola delle *Partidas* e della *Novissima Recopilacion* colla quale è incompatibile la secolarizzazione del matrimonio. Un atto relativo a tutta la repubblica che riafferma tale principio non lo troviamo che nel 1874, quando l'articolo 22 della legge organica del 4 dicembre proclamò che « il matrimonio è un contratto civile e, come

(1) Orelli. Schweiz, nel *Handbuch* del *Marquardsen*, pag. 71, 82.

(2) Bundesgesetz betreffend feststellung und beurkundung des Civilstandes und die Ehe: art. 25. Das recht zur Ehe steht unter dem Schutze des Bundes. Dieses Recht darf weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus anderen polizeilichen gründen beschränkt werden; art. 38. Die Trauung findet in einem amtslokale und öffentlich statt.... Art. 40. Eine Kirchliche Trauungsfeierlichkeit darf erst nach Vollziehung der gesetzlichen Trauung durch den burgerlichen Traubeamten und Vorweisung des daherigen Ehescheines stattfinden. articolo 59, 2: » Geistliche welche gegen den art. 40 dieses Gesetzes handeln sind von Amteswegen oder auf klage hin zu bestrafen: mit Geldbusse bis auf fr. 300, im Wiederholungsfall mit Verdoppelung der Busse und amtsentsetzung. Garnier: Internationales Eheschliessungsrecht. Bern. Krebs 1885, p. VII, XIV e XV.

(3) Lawrence, l. c., pag. 334.

tutti gli atti che fissano lo stato civile delle persone, è esclusivamente di competenza degli ufficiali dell'ordine civile ». (1)

Nello stesso anno una legge prussiana istituiva il matrimonio civile obbligatorio, il quale nell' anno successivo dalla legge dell'impero del 6 Febbraio era esteso a tutta la Germania, dove pur fino a quel tempo i registri dello Stato Civile erano stati affidati alle Autorità ecclesiastiche colle sole eccezioni dell'Alsazia-Lorena, del Baden, del circolo di Colonia e di Francoforte sul Meno, Amburgo, Brema e Lubecca. (2) Quella legge imperiale affida gli atti dello Stato Civile agli Ufficiali dello Stato, ordinando la precedenza di una sola pubblicazione al matrimonio e la presenza a quello di due testimoni dell' uno o dell' altro sesso, senza dare verun provvedimento rispetto al luogo della celebrazione e alla pubblicità di questa. (3) Tali disposizioni si estendono a tutto quanto l' impero.

È vero che la Baviera si riservò in questo nel trattato di accessione concluso a Versailles il 23 Novembre 1870 colla Confederazione del Nord, una condizione speciale e privilegiata (4) ma

(1) Verger, l. c., pag. 66.

(2) Hinschius, Comment. Z. Personenstandsges. 2. Aufl, Berlin, 1876, pag. 17 e segg. e Garnier, l. c., pag. 11 e 12.

(3) § 52. Die Eheschliessung erfolgt in Gegenwart von zwei Zeugen durch die an die verlobten einzeln und nach einander gerichtete Frage, des Standesbeamten: « ob sie erklären dass sie die Ehe mit einander eingehen wollen » durch die bejahende Antwort der Verlobten und den hierauf erfolgenden Ausspruch des Standesbeamten, dass er sie nunmehr kraft des Gesetzes für rechtmässig verbundene eheleute erkläre, Garnier, pag. 89.

(4) Art. III, Die vorstehend festgestellte Verfassung des Deutschen Reiches erleidet hinsichtlich ihrer Anwendung auf das Königreich Bayern nachstehende Beschränkungen; § 1. Das Recht der Handhabung der Anfsicht seitens des Bundes über die Heimaths-und Niederlassungsverhältnisse und dessen Recht des Gesetzgebung über diesen Gegenstand erstreckt sich nicht auf das Königreich Bayern ....; e Protocollo di chiusura dello stesso giorno: art. 1. Es wurde auf Anregung der Königlich Bayerischen Bevollmächtigten von seite des königlich Preussischen Bevollmächtigten anerkannt, dass nachdem sich das Gesetzgebungsrecht des Bundes bezüglich der Heimaths-und Niederlassungsverhältnisse auf das königreich Bayern nicht erstrekt die Bundes Legislative auch nicht zuständig sei, Verehelichungswesen mit verbindlichen Kraft für Bayern zu regeln, und dass also das für den Norddeutschen Bunde erlassene Gesetz von 4 Mai 1868 die aufhebung des polizeilichen beschränkungen der Eheschliessungen betreffend, jedenfalls nicht zu denjenigen Gesetzen gehört, deren Wirksamkeit auf Bayern ausgedehnt werden könnte, V. Archives de Dr. Int. et de Leg. Comparée, vol. I, 1874, pag. 11, 12, 15 e 16).

questa è limitata ai rapporti di diritto pubblico della cittadinanza e dello stabilimento, sicchè la forza del diritto federale in Baviera è limitata soltanto in quanto il regolamento del matrimonio si riferisca a quei rapporti speciali di diritto, non in quanto riguarda la secolarizzazione del matrimonio, la forma della sua celebrazione, la capacità delle parti ed i suoi effetti civili, (1) ed una decisione ministeriale del 5 Dicembre 1875 imparti alle amministrazioni Distrettuali bavaresi le norme opportune per uniformarsi alla legge dell' impero.

453. — All' estremo opposto da questi Stati che, seguendo la dottrina moderna dello Stato laico, non solo adottarono il matrimonio civile, ma ne fecero la sola forma obbligatoria e valida, per dare origine ad un vero matrimonio, stanno quegli stati, che aderendo alla dottrina che prima teneva dovunque il campo, essere cioè il matrimonio un sacramento della religione e spettarne allo Stato il regolamento dei soli effetti civili, non riconoscono altra forma legale d' un valido matrimonio all' infuori di quella religiosa. Il Laurent (2) ricerca sulle traccie del Friedberg le origini storiche di tale concetto del matrimonio-sacramento. Nei primi secoli, egli dice, la Chiesa sentiva un interesse mediocre per il matrimonio essendo la purezza e la castità della vita l' ideale di quei tempi; la Chiesa si limitò ad appropriarsi quelle cerimonie religiose, che anche presso l' antecedente paganesimo accompagnavano il matrimonio e che continuarono a non essere strettamente necessarie alla sua validità. Verso l' ottavo ed il nono secolo si cominciarono a recitare speciali preghiere in occasione del matrimonio, ma fino al 15° secolo continuarono ad essere ritenuti validi anche i matrimoni celebrati senza cerimonia religiosa. Fù il concilio di Trento che trasformò in celebrazione necessaria del matrimonio quella che originariamente era stata soltanto benedizione del matrimonio già conchiuso dalle parti.

In tale svolgimento io non ravviso, come par che faccia il Laurent, una conquista lungamente meditata ed astutamente com-

(1) Garnier, l. c., pag. 7, col. 1. Die rechtlichen Erfordernisse zur Eheschliessung beurthèilen sich somit nur in rein civilrechtlichen beziehung nach Massgabe des Deutschen Reichgesetzes von 6 Februar 1875, in administrativpolizeilicher Hinsicht, aber nach Massgabe des bayerischen Gesetzses von, 16 April 1878, 23 Feb. 1872, über Heimat, Verehlichung und Anfenthalt ».

(2) Laurent, l. c., pag. 375 e segg.

piuta dalla Chiesa, ma il risultato necessario dello sviluppo delle società ed una giustificazione dello stesso matrimonio civile. Il pensare diversamente parmi non meno inesatto che l'attribuire ad un piano disegnato e maturato fin dalle origini la formazione dell'impero romano o di quello della Granbrettagna: l'uno e l'altro nacque per opera di un popolo che nelle lotte cogli altri a cui fu tratto, risultò per la propria interna disciplina il più forte. Nè diversamente avviene nel mondo morale ed avvenne specialmente nel regolamento del matrimonio da parte della Chiesa. La costituzione della famiglia interessa tutta la società così nella sua vita morale e religiosa come nella sua vita politica; è naturale dunque che non tardino le autorità presiedenti all'una ed all'altra a risentire l'opportunità di disciplinare quella gran forza sociale per impedirle di diventare un elemento di dissoluzione; ed è naturale altresì che fra quelle due autorità essendo la religiosa nella società moderna la prima in ordine di tempo a possedere un organismo completo, prima risentisse quel bisogno ed avesse il concetto ed il mezzo e gli organi necessari per soddisfarlo; sicchè essa si trovò tratta a disciplinare un istituto che nell'origine si era limitata a santificare nelle sue conseguenze, e si trovò in possesso d'uno degli elementi fondamentali della società del quale non aveva certo originariamente pensato ad impossessarsi.

Sicchè il matrimonio religioso e quello civile, la sostituzione al connubio volontario di due individui che la Chiesa benedice e lo Stato riconosce, della loro unione per opera del sacerdote che li dichiara marito e moglie in nome della religione o dell'ufficiale pubblico che li dichiara tali in nome della legge, mi rappresentano due stadî diversi ma naturali entrambi della stessa funzione sociale: che trae l'organismo collettivo, considerato nel suo complesso, a sorvegliare e disciplinare tutte quelle funzioni individuali che possono produrre notevoli conseguenze sulla sua esistenza. In questi limiti la ricerca delle origini delle due forme di matrimonio che rivaleggiano ai nostri giorni può farsi in uno studio di diritto internazionale; ne restano chiarite le ragioni storiche della disparità e la necessità d'impedire i conflitti che ne possono derivare. Ma una discussione come quella del Laurent, del Wharton, del Brocher e dello Stahl sul carattere intimo ed assoluto del matrimonio, sulla sua essenza di contratto o di istituzione cristiana, mi parrebbe, in uno studio di questo genere, del tutto fuori di posto.

Nostro scopo non può essere la ricerca se per questo o per quello Stato o molto meno per la società umana complessivamente considerata, debba preferirsi il matrimonio sotto l'una o l'altra forma; il nostro campo dev'essere molto meno fecondo di discussioni vivaci, ma molto più ricco di dati positivi e di apprezzamenti sereni: data la esistenza di forme diverse, dobbiamo studiarle le une accanto alle altre così come sono, per considerarle poi nei conflitti che ne possono derivare; questo e nessun altro, dev'essere l'assunto di chi coltiva lo studio del diritto internazionale privato.

454. — Fra i paesi che si sono conservati fedeli in modo assoluto al matrimonio religioso, tengono il primo posto, se non per estensione di territorio, per numero di abitanti, quelli appartenenti alla religione greca scismatica. Così in Grecia (1) ed in Russia tutto è affidato al ministro del culto per quanto riguarda i seguaci della Chiesa stabilita; tre pubblicazioni successive devono farsi in giorno festivo nella Chiesa dai popi delle parrocchie rispettive dei due sposi, ed il matrimonio dev'essere celebrato dagli sposi davanti due o tre testimoni con iscambio degli anelli e secondo i riti della religione greca. Non appena è finita la cerimonia il matrimonio è iscritto sui registri della parrocchia. Tutte le infrazioni a queste norme che non siano di competenza dei tribunali penali sono giudicate dai tribunali ecclesiastici. (2)

I cristiani d'ogni altra confessione godono in Russia facoltà di contrarre matrimonio, senza l'intervento della autorità civile, alla sola condizione di uniformarsi, in quanto si riferisce alla forma, alle regole della propria religione ad uno dei ministri della quale

(1) V. nell'*Annuaire de l'Institut de Droit Int.*, VIII année, Bruxelles, 1886, pag. 78, 9, la nota presentata dal Saripolos alla Sessione di Bruxelles, per protestare contro lo studio del Diritto Internazionale del matrimonio da parte dell'Istituto. La lettera non produsse verun effetto, ma è deplorevole che possa darsi il caso di un uomo appartenente ad un Istituto di Diritto Internazionale, autore di un trattato di questa scienza ed insegnante in una Università, il quale dia poi una prova così eloquente come quella lettera, di mancare del tutto del concetto di che cosa il Diritto Internazionale privato veramente sia. V. anche il Codice Civile delle Isole Ionie, del 10 Marzo 1841, art. 142: « Il matrimonio si celebra giusta le regole e colle solennità osservate dalla Chiesa ortodossa dominante ». Gli articoli 153-9 determinano gli obblighi dell'autorità ecclesiastica fra i quali la registrazione dei matrimonii nel « registro dato dal governo ».

(2) Lehr, *Droit Civil Russe*, pag. 22-24.

compete la celebrazione del matrimonio. Nel Regno di Polonia, nell'antica Lituania ed in una parte della piccola Russia, i matrimoni misti quando nessuno dei coniugi appartiene alla Chiesa stabilita sono celebrati dal sacerdote del culto della sposa, salvo il ricorso a quello dello sposo, se il primo in qualità di prete cattolico romano rifiuta di celebrarli. Quando invece uno dei coniugi appartiene alla Chiesa stabilita, il matrimonio non può essere celebrato che da un ministro di questa dopo d'avere ottenuto dall'altro coniuge l'impegno (1) di rispettare le convinzioni religiose del coniuge greco-ortodosso, di non fare su lui verun tentativo di proselitismo e di far allevare nella Chiesa greca i figli. Soltanto in Finlandia tali matrimoni si celebrano in entrambe le chiese, ed i figli seguono la religione del padre; ma negli altri territori non escluse le provincie baltiche vige il diritto comune, e dovunque i matrimoni fra cattolici e greco-scismatici sono nulli se non furono benedetti da un prete greco-russo. Finalmente i russi non cristiani si possono maritare secondo le proprie leggi e costumanze religiose.

Secondo l'articolo 60 del Codice Civile Serbo, (2) il matrimonio è un atto essenzialmente religioso che i sudditi compiono secondo i riti della propria religione rispettiva, e secondo il decreto del 9 settembre 1853 i matrimoni misti devono celebrarsi osservando il rito ortodosso e restando tutte le contestazioni matrimoniali di competenza dei tribunali ecclesiastici serbi; soltanto in questi ultimi tempi, benchè la legge non lo ammetta come necessario, cominciò a stabilirsi l'uso di far celebrare, secondo entrambi i riti, i matrimoni misti. In Rumania il Codice Civile del 1864 compilato secondo il modello del Codice Francese istituì i registri dello Stato Civile affidati agli ufficiali dello Stato la cui vidimazione è ormai necessaria anche per gli estratti dai registri tenuti antecedentemente dai ministri del culto. (3) Forse questo fatto trasse in errore lo stesso governo belga, il quale nell' *Exposé des motifs* della legge sulla celebrazione del matrimonio dei Belgi all'estero, annovera anche la Rumania fra i paesi dove al potere civile spetta la celebrazione dei matrimoni. (4) Invece l'articolo 22 della costitu-

(1) Lehr, l. c., pag. 28-34.
(2) Paulovitsch, l. c., pag. 17-19.
(3) Glasson, *Mariage et divorce*, pag. 305 e seg.
(4) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 48.

zione rumena considera esclusivamente come valido il matrimonio religioso; sicchè il Codice Civile fu costretto a dipartirsi in questa parte dal suo esemplare francese, a riconoscere la cerimonia religiosa, come forma di matrimonio valida e sufficiente nei riguardi del diritto civile, ed a limitarsi a richiedere la trascrizione dei matrimoni celebrati religiosamente nei registri dello Stato Civile. (1)

In Ungheria per i cattolici latini e greci uniti, per i greci scismatici ed i cristiani unitarî vige interamente il puro diritto canonico colla sola eccezione d'alcune poche questioni d'indole esclusivamente secolare; non esistono leggi civili matrimoniali che per i Luterani, i Calvinisti e gli Ebrei. Ma se tali distinzioni si possono fare rispetto alle condizioni di validità intrinseca del matrimonio, le sue conseguenze e le autorità competenti a giudicarne, il loro diritto è uniforme rispetto alla celebrazione in ciò: che il solo matrimonio riconosciuto come valido in Ungheria è quello celebrato dal ministro del culto degli sposi secondo il rito della loro religione. (2) Tale è pure il diritto vigente nella Turchia e ne' suoi stati vassalli in Europa.

455. — La stessa prevalenza che il matrimonio religioso ha in Europa nella società slava, esso conservò nella società latina in America. La Bolivia è retta dal 18 Novembre 1845 da un Codice Civile ispirato nella sostanza e nella partizione dal Codice francese, ma da questo esso si scosta appunto in quanto si riferisce agli atti dello Stato Civile che vi restarono affidati al clero, al ed matrimonio che restò assolutamente ed unicamente religioso; (3) così nel Chili secondo l'articolo 117 del Codice del 1855 riprodotto in quello del 1858 e nel Perù e nella Repubblica di Costa-Rica dove (4) la legge dispone che « il matrimonio essendo stato elevato nello Stato alla dignità di un sacramento, le formalità necessarie alla sua celebrazione saranno quelle che il Concilio di Trento e la Chiesa hanno indicate ». Anche i protestanti devono soggiacere a tali prescrizioni tanto per ciò che riguarda la forma quanto per la sostanza dell'atto.

La Repubblica Argentina è retta dal Codice Civile del 1 Gennaio 1871 (opera del giureconsulto Dalmacio Veles Sarsfield) che

(1) Garnier, pag. 57.
(2) Garnier, l. c., pag. 64.
(3) Amiaud, l. c., pag. 49.
(4) Art. 108, del Codigo General del 1841. Lawrence, l. c., pag. 332.

ha forza di legge in tutti gli Stati della Confederazione. L'autore si giovò dei più recenti codici e delle critiche fatte a questi dalla scienza, ma ben poco innovò al diritto anteriore circa la forma del matrimonio. Questo deve celebrarsi davanti al prete della religione o della setta sotto la legge della quale furono battezzati o comechessia allevati o si sono posti volontariamente gli sposi. Se questi appartengono a due religioni diverse, essi si presenteranno successivamente ai tempii rispettivi di queste. Nessun culto è escluso dal diritto di consacrare unioni indissolubili; quelli che non appartengono ad alcuna religione, possono foggiare dogmi e riti nuovi cui sottomettersi nella celebrazione del matrimonio; (1) ma il prete cattolico deve intervenire ad ogni matrimonio in cui abbia parte un cattolico. (2)

Da tali disposizioni derivano notevoli inconvenienti per i seguaci dei varî culti in un paese la cui popolazione arriva appena al decimo di quella dell'Italia ed è sparsa in un territorio la cui estensione supera di quasi dodici volte quella del nostro paese. In molti siti remoti avviene infatti spesso che si trovino famiglie sparse ascritte a culti dissidenti o non cristiani nell'impossibilità di trovare ad una distanza accessibile un ministro del culto che celebri i loro matrimoni. Per riparare almeno in parte a tali inconvenienti si adottarono due disposizioni, troppo limitate però perchè l'una riguarda una minima parte della popolazione e l'altra una minima parte del territorio. Il matrimonio degli Ebrei contratto davanti a dieci anziani della tribù essendo valido secondo la legge mosaica, si ritenne di poter ammetterlo come valido anche secondo quella argentina, e per l'iscrizione dell'atto invalse l'uso di approfittare del registro di un notaio. Inoltre una legge dell'ottobre 1884 per la città federale di Buenos Ayres, pur conservando alla Chiesa la celebrazione dei matrimonî affidò alle autorità civili la redazione e la custodia dei registri, dove quell'insieme colle nascite e colle morti devono essere iscritti. (3)

(1) Emile Daireaux, *Sur les principes de Droit International Privé dans la Rep. Argentine, à propos d'une réforme des lois qui y régissent la constitution de la famille. Bulletin de la Soc. de Lég. Comparée* 1885, pag. 202-222, spec., pag. 206 e 207.

(2) Il Pradier Fodéré accenna all'istituzione del matrimonio civile nell'Uraguai, *Revue de Dr. Int.*, 1886, pag. 365. Chronique de faits internationaux.

(3) Daireaux, l. c., pag. 209-210.

Il Brasile restò finora in modo ancor più tenace aderente rispetto al matrimonio al diritto canonico; nè, date le origini e le tradizioni di quel paese, è da stupirsene: così di una simile tenacia, che in argomento attinente alla religione ha pur sempre un lato nobile e degno di plauso, non avesse dato prova anche nel voler essere l'ultimo fra gli Stati civili ad abolire la schiavitù! Fino dal 1858 fu presentato alla Camera di quello Stato un progetto di legge che adottava il matrimonio civile per gli accattolici ed ammetteva i matrimonî misti, ma la maggioranza vi si dimostrò contraria ed i successivi progetti del 1867, 1870 e 1875 ebbero la stessa sorte. Il progetto che fu presentato il 7 Maggio 1884 diede occasione nel 1885 ad un lungo rapporto presentato alla Camera dalle Commissioni di giustizia civile e degli affari ecclesiastici, ma quantunque queste concludessero per l'adozione domandandone l'urgenza, non fu possibile di portarlo all'ordine del giorno durante la sessione. (1) Tuttoquanto riguarda la forma dei matrimoni dei cattolici in Brasile è dunque sottomesso alle prescrizioni del concilio di Trento, le quali si estendono anche a quei matrimonî misti nei quali abbia parte un cattolico. Fu infatti ripetutamente deciso dai tribunali brasiliani che un matrimonio misto di quella specie, non celebrato secondo il rito cattolico, è un puro concubinato e non può produrre verun effetto giuridico. I matrimonî dei non cattolici (2) son celebrati secondo le prescrizioni della Chiesa cui appartengono i fidanzati, coll'intervento di un ministro del culto autorizzato a celebrarli. (3) Il matrimonio dev'essere celebrato secondo il rito della religione cui appartengono gli sposi ed il ministro. L'atto del matrimonio deve trascriversi parola per parola sul registro civile; e l'estratto di quest'ultimo è il solo mezzo di prova della valida conclusione del matrimonio che possa essere portata davanti ai tribunali.

(1) *Annuaire de Législat. Étrang.*, 1885, pag. 882 e 1886, pag. 715.

(2) Legge n° 1144, dell'11 Settembre 1861 e Decreto n° 3069, del 17 Aprile 1863.

(3) Garnier, l. c., pag. 237-239. Diese berechtigung hat der betreffende Geistliche bevor er überhaupt Trauungen vornimmt, den Brasilianischen behörden nachzuweisen und zwar wird der Eintritt der Civilrechtlichen Wirkungen für die von diesen Geistlichen getrauten Ehen von dem Umstande abhangig gemacht dass der geforderte nachweis wirklich erbracht worden sei. Die hieruber geführte kontrolle zieht indessem nur die aüssere form der

456. — I due sistemi finora esaminati rappresentano rispettivamente i due opposti principii accolti ed applicati nelle loro ultime conseguenze. Negli altri paesi nè il matrimonio civile è riuscito a balzar del tutto di seggio quello religioso; nè quest' ultimo potè conservare tutto intero ed assoluto l' antecedente impero; ma le due forme vi coesistono con diverse proporzioni d' applicazione.

In alcuni Stati la compenetrazione del culto dominante nella vita stessa della società non permise finora di rendere per tutti obbligatorio il matrimonio civile, ma, senza diminuire le prerogative della religione dello Stato, fu riservato quella forma di celebrazione soltanto a tutti coloro che non appartengono a questa. Tale sistema che il Laurent qualifica giustamente di ibrido ed illogico (1) vige attualmente nella Spagna. Da Filippo II fino alla rivoluzione del 1869 il solo modo legittimo di contrarvi matrimonio fu quello conforme ai decreti del Concilio di Trento; per i matrimoni degli accattolici una serie di disposizioni sarebbe stata superflua, perchè nessuna religione all'infuori della cattolica era riconosciuta in Ispagna. Tale principio fu modificato dalla Costituzione del 1869 che permise l' esercizio di tutti i culti, e fu seguito dalla legge del 18 Giugno 1870 istituente il matrimonio civile, secondo i principii del diritto francese; ma un decreto del 9 Febbraio 1875 non tardò a rimutare indirizzo nel senso del passato, disponendo che « i matrimonî contratti conformemente ai sacri canoni producano in Ispagna tutti gli effetti civili loro attribuiti dalle leggi in vigore prima del 1870 .... La legge del 1870 resta senza effetto riguardo a coloro che avessero contratto o contraessero un matrimonio religioso, il quale sarà retto esclusivamente dai sacri canoni e dalle leggi civili che erano in vigore prima che quella legge fosse messa in esecuzione; (2) soltanto secondo l'articolo 2 coloro

Bestallungsurkunde in Betracht, so dass die bezügliche Registereintragung keine unbedingte Gewähr für die Gültigkeit der Trauung bietet. Dieser Mangel ist insbesondere desshalb von Bedeutung, weil die Brasilianische Gesetzgebung eine nichtwenigstens von irgend einer der in Brasilien geduldeten Religionsgenossenschaften anerkannte Ehe ebenfalls nicht als ehe anerkannt; denn eine Eheschliessungsform für sogenannte Confessionslose beziehungsweise das Mitwirken einer dritten Person behufs blosser feststellung des Fheabschlusses ist dem brasilianischen Rechte durchaus fremd.

(1) L. c., pag. 359, 60.

(2) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 54-58.

che contraggono matrimonio religioso sono obbligati a domandarne entro otto giorni l'iscrizione sul registro civile, dopo la quale (1) il certificato di celebrazione fa prova del matrimonio. Il matrimonio civile restò in vigore per « personas de otra credencia que la verdadera e per malos catolicos sujetos a las censuras y penas eclesiasticas ». (2) Una condizione analoga è quella creata dal Codice Portoghese dal 1868 che all' articolo 1057 impone ai portoghesi cattolici come forma del matrimonio quella ecclesiastica, e riserva il matrimonio civile ai non cattolici che lo « celebrarão o casamento perante o official do registo civil pela forma estabelecida na lei civil ».

Così, fra gli Stati Protestanti la Norvegia continua ad affidare al clero della Chiesa dominante la celebrazione dei matrimoni di coloro che le appartengono, ed il matrimonio civile davanti a notaio vi fu istituito dalla legge del 16 Luglio 1845 per i non luterani. (3) Tale forma fu adottata anche per i matrimoni misti fra cristiani ed ebrei da una legge del 22 Luglio 1863.

457. — Altri Stati riconoscendo alla religione in genere il diritto di regolare la celebrazione dei matrimoni e considerando nel tempo stesso le aspirazioni delle varie gerarchie ecclesiastiche ad usare di questo diritto dal punto di vista dell' eguaglianza, attribuiscono al clero di tutte le confessioni senza distinzione un tale privilegio, ma volendo nel tempo stesso coordinare tale principio con quello della libertà individuale, ammettono il matrimonio civile per coloro che trovansi nella impossibilità di celebrarlo secondo il rito di uno dei culti esistenti nello Stato. L'Austria cercò a due riprese di contemperare in tal guisa i due principii. Il Codice del 1811 aveva mantenuto al matrimonio il suo carattere religioso regolandone alcune parti però diversamente dal diritto canonico, come per esempio quando riguarda la promessa del matrimonio; ma in seguito al concordato del 18 Agosto 1855 una legge dell' 8 ottobre 1856 ristabilì la giurisdizione ecclesiastica adottando come regola normale i decreti del concilio di Trento. (4)

(1) Articolo 4.

(2) Garnier, l. c., pag. 60.

(3) Così il Garnier, pag. 41. Il Lawrence però - l. c., pag. 320 - assegna a quella legge la data del 16 Luglio 1815.

(4) Laurent, l. c., pag. 361; Lawrence, l. c., pag. 316, 17; Verger, pag. 68-70; Weiss, pag. 644-5.

Fu la legge del 25 Maggio 1868 che, abrogando quella del 1856, ristabilì le disposizioni del Codice del 1811 che riguardavano la celebrazione dei matrimonî; ed istituì per la prima volta in Austria il matrimonio civile sussidiario ammettendolo per quei casi nei quali un prete rifiuti di fare le pubblicazioni. In tale circostanza le parti sono ammesse a far pubblicare il matrimonio davanti le autorità civili ed a fare davanti a queste la dichiarazione di prendersi per marito e moglie. Il § 64 del Codice Civile che dichiara senza valore i matrimonî fra cristiani e non cristiani è restato in vigore, ma un'altra legge del 9 Aprile 1870 ammette il matrimonio civile sussidiario per tutti quei fidanzati che dichiarino di non appartenere ad alcuna religione.

In Svezia il Codice del 1734 tuttora vigente stabilisce che il matrimonio sia celebrato religiosamente: nella Chiesa si devono fare le pubblicazioni e nella Chiesa deve seguire la benedizione nuziale. La legge sui dissidenti del 31 Ottobre 1873 applica lo stesso principio ai culti diversi da quello dominante confermando che l' unione matrimoniale fra persone della stessa confessione straniera che possieda un clero cui il governo abbia giudicato di poter affidare la celebrazione religiosa del matrimonio (per esempio i cattolici ed i riformati) potrà essere consacrato dalla cerimonia religiosa secondo i riti della confessione cui appartengono i coniugi, purchè la pubblicazione sia stata fatta conforme alla legge nella Chiesa parrocchiale luterana della sposa. Ma prima ancora di questa legge quella del 20 Gennaio 1863 aveva introdotto in Svezia il matrimonio civile facoltativo per le unioni fra cristiani ed ebrei; e tale specie di matrimonio fu estesa da due leggi del 1873 e del 1880 a vari altri casi, così da potersi ora verificare in quel paese in sei circostanze diverse in tre come facoltativa ed in altre tre come sussidiaria obbligatoria.

Se i due contraenti appartengono a confessioni non luterane diverse, per esempio cattolica e riformata, aventi un clero cui il governo abbia giudicato potersi confidare la celebrazione religiosa del matrimonio cogli effetti legali; se uno solo de' due contraenti appartiene ad una confessione cristiana non luterana, e se uno dei contraenti appartiene alla Chiesa svedese e l'altro appartiene ad un'altra setta cristiana; in tutti questi casi il matrimonio sarà celebrato sia religiosamente dal ministro d' uno dei due culti, sia civilmente dalla autorità secolare. Quando invece uno degli

sposi sia cristiano e l'altro ebreo, e quando uno dei contraenti non sia battezzato o non abbia partecipato al sacramento della Santa Cena nella Chiesa svedese, ma non appartiene nel tempo stesso a veruna confessione straniera, il matrimonio *dovrà* farsi sempre davanti l'autorità civile che è quella municipale nelle città e l'ufficiale di distretto (Kronofogde) nelle campagne. Il matrimonio civile così celebrato è riconosciuto come del tutto equivalente a quello religioso. Esso resta però nella legislazione svedese una eccezione alla regola secondo la quale quest'ultimo solo dev'essere considerato come un valido matrimonio, e perciò non può essere contratto se non nei sei casi determinati dalle leggi del 1863, del 1873 e del 1880. (1)

458. — L'Inghilterra infine fra gli Stati che contemperano le due forme del matrimonio, si distingue perciò che essa le ammette entrambe sulla base della libertà individuale di scelta e le riconosce e le combina in proporzioni diverse. In quel paese sono ammessi il matrimonio religioso puro ed il matrimonio civile puro ed il matrimonio religioso modificato dal controllo e dall'intervento dell'autorità civile. Il primo è sufficiente se è celebrato da un ministro della Chiesa Anglicana secondo la liturgia prescritta dal Book of Common Prayer. Esso è celebrato nella Chiesa parrocchiale o in una cappella debitamente autorizzata fra le otto ore del mattino ed il mezzogiorno salva dispensa dell'Arcivescovo di Cantorbery. Inoltre il matrimonio puramente religioso senz'alcun intervento di autorità estranee a quelle ecclesiastiche ad eccezione del certificato delle pubblicazioni fatte dal *registrar* (corrispondente all'ufficiale dello Stato Civile) è riconosciuto come sufficiente per gli ebrei e per i quacqueri.

Il matrimonio puramente civile fu poi reso accessibile da una legge del 1836 a tutti coloro che non vogliano celebrare il matrimonio religioso: esso consiste in una dichiarazione solenne fatta pubblicamente dagli sposi in presenza del « superintendent registrar » e di due testimoni. Finalmente ai cattolici ed a tutti i non conformisti che vogliano celebrare il matrimonio religioso non è dato celebrarlo senza l'intervento del funzionario dell'ordine civile (*registrar*). Tali unioni devono essere celebrate in uno degli edifici registrati come appartenenti ad un culto: per i tempii nuovi

(1) D'Olivecrona, l. c., pag. 344, 5, 8, 51.

ed i luoghi di culto delle nuove sètte basta l'attestazione di venti padri di famiglia per ottenere la registrazione. In tali edifici il ministro del culto degli sposi celebra il loro matrimonio, ma perchè questo sia giuridicamente valido è necessaria la presenza del *registrar* e di due testimoni. (1) È appunto questa presenza del *registrar* ai loro matrimonî religiosi, che, data l'esistenza del matrimonio civile facoltativo ed il riconoscimento del matrimonio religioso anglicano, quacquero ed ebraico, li costituisce in uno stato di inferiorità in confronto delle altre comunità religiose, che forma uno dei motivi di malcontento dei non conformisti. Da vari anni in quei « May Meetings » cui essi sogliono raccogliersi per trattare dei progressi della propria religione e dei propri interessi spirituali, suol essere trattato con calore l'argomento dell'abolizione della presenza obbligatoria del *registrar* ai loro matrimonî.

Anche in Danimarca gli sposi sono lasciati liberi di optare fra la forma religiosa e quella civile.

L'Irlanda si avvicina molto più dell'Inghilterra a tale condizione di cose. Infatti oltre ai sacerdoti della Chiesa Anglicana che vi godono del diritto a loro garantito in Inghilterra di celebrare con piena efficacia giuridica un matrimonio puramente religioso ed ai privilegi dei quacqueri e degli ebrei identici a quelli ammessi dal diritto inglese, anche la Chiesa cattolica e quella presbiteriana sono dispensate dall'intervento d'un ufficiale dell'ordine civile sia nelle pubblicazioni che nella celebrazione del matrimonio. Le disposizioni relative al matrimonio civile facoltativo sono poi essenzialmente corrispondenti a quelle che vigono in Inghilterra, (2) ma in questo soltanto si richiede, a differenza del diritto inglese l'intervento del *registrar*, la cui opera si limita rispetto agli altri matrimonî religiosi alle pubblicazioni ed al certificato ad esse relativo, ma non si estende come in Inghilterra anche all'esistenza alla celebrazione del matrimonio. Rispetto a questa i ministri delle varie religioni sono autorizzati a celebrare il matrimonio quando almeno uno degli sposi appartenga alla loro comunità religiosa.

Nell'Impero Indiano i matrimonî dei sudditi britanni d'origine europea furono anzitutto retti specialmente dallo Statuto imperiale

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 50-53; Pavitt, pag. 17-20; Weiss, pag. 648; Laurent, pag. 362; Verger, pag. 68-70 e Lawrence, pag. 329.

(2) Garnier, l. c., pag. 104.

del 1851 applicabile a tutti i territorii soggetti allora alla Compagnia ed ai principi confederati con essa. Tale legge fu redatta allo scopo d'impedire l'annullamento dei matrimoni per deficienza di formalità; annullamento minacciato in molti casi dalla giurisprudenza della camera dei Lordi secondo la quale per il diritto comune d'Inghilterra, come era prima dell'atto di Lord Hardwrik del 1753 per la validità di un matrimonio era incondizionatamente richiesta la presenza di un sacerdote debitamente ordinato ed autorizzato alla conclusione del matrimonio. (1) In tal guisa un matrimonio celebrato in India da un missionario indipendente non avrebbe potuto tenersi per valido dalle Corti Inglesi.

La legge del 1851 dichiara pertanto validi tutti i matrimoni antecedentemente celebrati da persone non ordinate, ed autorizzò per l'avvenire il governatore generale ad emanare decreti circa i matrimoni ed i loro registri. Ora vi è in vigore la legge del 23 Febbraio 1865 che riconosce quattro forme di matrimonio. — 1.° Davanti ad ogni sacerdote debitamente ordinato, presupposto che il matrimonio abbia luogo secondo il rito della Chiesa cui il sacerdote appartiene. 2.° Davanti ad ogni sacerdote della Chiesa di Scozia purchè la forma del matrimonio corrisponda agli usi della Chiesa scozzese. 3.° Davanti al *registrar*. 4.° Davanti ad ogni sacerdote autorizzato alla celebrazione del matrimonio da particolari disposizioni legislative. La legge del 29 Giugno 1865 rende possibile finalmente il regolamento diverso del matrimonio dei sudditi britannici nelle colonie, riconoscendo pieno vigore al diritto matrimoniale quale risulta dagli atti votati dalle legislature costituite nei possedimenti inglesi (2).

459. — La Scozia appartiene ad un'altra categoria di Stati; non che il matrimonio religioso non vi sia riconosciuto come in Inghilterra ed in Irlanda quale matrimonio regolare e producente tutti gli effetti giuridici di un legale connubio; non che nel fatto non sia quella la forma di celebrazione più generalmente usata; ma in diritto nè quella nè altra forma si ritiene necessaria a costituire un matrimonio valido; bensì questo si ritiene risultare non

(1) Garnier, l. c., pag. 109.

(2) Secondo il diritto vigente nella Nuova Galles del Sud chiunque sia eletto ministro da una congregazione di venti persone può celebrare validamente matrimonî.

già dall'opera dell'ufficiale religioso o civile che unisce i due coniugi, ma dalla stessa volontà di questi di unirsi in matrimonio.

La dottrina originariamente imperante nel mondo cristiano come già in quello romano, secondo la quale il matrimonio risulta dal consenso delle parti anche senza essere accompagnato da alcuna forma solenne, si mantenne dunque in Iscozia in tutto il suo vigore; sicchè accanto al matrimonio celebrato secondo i riti religiosi, vi si trova tuttavia il matrimonio consensuale valido anche altrove prima del Concilio di Trento. Nel caso Leslie c. Leslie, Lord Deas (1) motivava così la propria sentenza: « The leading principle is that *consent makes marriage*. No former ceremony, civil or religious, no notice before or pubblication after, no consummation or cohabitation, no writing, no witnesses even are essential to the constitution of this, the most important contract which two private parties can enter into, whether as affecting their domestic arrangements or the pecuniary interests of themselves and their families. Matrimonial consent may be verbally and effectually interchanged when no third party is present; and if it can be proved, *even at the distance of years*, by subsequent written aknowledgement or oath of reference, or in any other competent way that such consent was seriously and deliberately given, the parties will be held to have been married from that time forward whether they have cohabited in the interval or not ».

Sono dunque possibili in Scozia due forme di matrimonio, una regolare ed una irregolare, che però producono entrambe gli stessi effetti giuridici. Il matrimonio regolare è quello celebrato religiosamente, che, riservato originariamente dopo la riforma al clero della Chiesa presbiteriana di Scozia, fu accordato dallo Statuto 10 della Regina Anna c. 7 anche alla Chiesa episcopale ed esteso dallo Statuto IV e V di Guglielmo IV a tutte le altre confessioni religiose. Per poter concludere tale unione è necessario aver dimorato per sei settimane nel distretto parrocchiale, ed avervi fatto le pubblicazioni in tre domeniche successive: l'unione deve poi essere celebrata alla presenza di un sacerdote della propria confessione, mentre la presenza d'un ufficiale dell'ordine civile è puramente facoltativa. Lo scambio del consenso davanti al *registrar* o davanti altro impiegato secolare non è preveduto da legge

(1) Court of Session Reports, 2nd. Series, XXII, pag. 993, ap. Garnier.

alcuna, e perciò non potrebbe dare origine ad un matrimonio regolare più che lo scambio del consenso seguito davanti a qualsiasi altra persona non autorizzata dalla legge a ricevere le dichiarazioni di matrimonio.

Quando non siasi ottemperato a tali condizioni necessarie per costituire un matrimonio regolare, non ne segue la nullità di quest'ultimo, ma la sua trasformazione in matrimonio irregolare. Tale matrimonio esiste quando le parti lo abbiano concluso *per verba de presenti* sia pure nel modo più segreto ed ignoto ad ogni terza persona, nel qual caso, anche se le parti non abbiano convissuto nell'intervallo, il loro matrimonio è fatto risalire sempre all'epoca dello scambio dei consensi che può essere stabilito anche *by habit and repute*. Esso esiste inoltre anche quando sia stato concluso *per verba de futuro;* ma in tal caso ha maggiore influenza nel rendere perfetto il matrimonio il fatto che non il consenso: infatti una semplice promessa (che sarebbe l'elemento consensuale) non costituisce per se stessa matrimonio se non è seguita dalla copula; ma quando questa segua, la giurisprudenza scozzese non richiede la consapevolezza delle parti che la *subsequens copula* le trasformerà in coniugi per ritenere come valido il matrimonio, ma soltanto esigono che la promessa antecedente alla copula risulti da un documento o da una dichiarazione giurata. Fra queste due forme di matrimonio irregolare corre ancora un'altra differenza: che cioè rispetto alla prima tutti i magistrati scozzesi sono d'accordo nel ritenere che costituisca senz'altro un matrimonio, « it is very marriage without the necessity of any process » mentre rispetto alla seconda non sono d'accordo se costituisca un matrimonio per se stessa o se possa soltanto formare la base di una azione per dichiarazione di matrimonio. (1)

(1) Lord Deas: What is still more remarkable is that even consent is not essential to marriage. A promise of marriage, *subsequente copula*, makes marriage without inquiry whether the parties meant marriage or not .... it may may not be that the law in such cases presumes consent. I am speaking not of presumtion but of fact. And whatever the law for its consistency may presume, there may inquestionably be a marriage by promise *subsequente copula*, ... where, in point of fact, consent has never been interchanged and where the parties do not even know that the law holds them to be married persons. In the case of Rheid c. Lang where a marriage was held constituted by promise subsequente copula, the Lord Chancellor observed

Tali condizioni del matrimonio in Scozia, formanti rispetto alla forma una eccezione unica in Europa, attrassero lungamente in quel paese una notevole quantità di fidanzati, specialmente inglesi, desiderosi di contrarre un matrimonio irregolare ma valido in una forma che sarebbe stata destituita d'ogni valore nel loro paese. Essi scambiavano i propri consensi nel villaggio di Gretna Green davanti un fabbro che poteva poi servire di testimonio e del quale tutti si servivano, perchè la sua casa era la prima che si trovasse sulla strada maestra. L'atto del 13 Dicembre 1856, conosciuto col nome di *Atto di Lord Brougham*, modificò alquanto tale condizione di cose coll'intento di rendere più difficile ai fidanzati inglesi il compimento di quei matrimonî in frode della legge del loro paese appena varcata la frontiera di questo. Secondo quella legge si richiede che almeno uno degli sposi abbia la propria residenza in Scozia o vi abbia risieduto durante tre settimane per poter contrarvi un matrimonio regolare. All'infuori di tale disposizione eccezionale però verun altro limite esiste in Scozia alla valida conclusione del matrimonio mercè il solo scambio del consenso degli sposi.

460. — Analogo al diritto scozzese è il diritto comune degli Stati Uniti rispetto al matrimonio. Nell'autonomia legislativa de' varii Stati confederati, sono varii nei paesi dell'Unione i requisiti necessarii per costituire un matrimonio regolare. Rispetto alle condizioni antecedenti, una licenza (license) ottenuta dal judge of probate o da altra autorità è richiesta negli Stati di Alabama, Connecticut, Florida, Georgia. Jowa, Kentucky, Luisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Missurì, Missisipì, Carolina del Nord e del Sud, Nebraska, Ohio, Tennessee, Texas e nelle due Virginie. Le pubblicazioni in Chiesa sono richieste nell'Illinois,

that « in all probability the girl did not know that copula would make a marriage ». In the similar case of Sim v. Miles (20 Nov. 1829) the Lord Iustice Clerk Boyle observed: « Ignorance of the law cannot affect the question. We disregarded it entirely the other day in the case of Mac Lean v. Elder where the woman wrote letters showing that she did not think she was married ». All'incontro Lord Moncrieff, dichiarava: « that declarator is essential to the constitution of the marriage in that case and that, if no such declarator is brought in the lifetime of both parents, the marriage can never be established afterwards. Lawrence, l. c., pag. 292 e Garnier, l. c., pag. 106-110.

sono prescritte alternativamente colla licenza nel Kentuchy e nell'Ohio; nel nuovo Hampshire e nel Vermont si richiedono tre pubblicazioni in Chiesa o nelle riunioni municipali (town meeting), e finalmente nessuna formalità antecedente è voluta dalle leggi degli Stati di Arkansas, California, Delaware, Indiana, Kansas, Minesota, Nuova Jersey, Nuova York, Nevada, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Wisconsin e nei sei territorii federali. La trascrizione del matrimonio celebrato nel registro civile o nell'originale della licenza è voluta dalla grande maggioranza delle leggi particolari; la Pennsylvania che faceva eccezione limitandosi ad obbligare chiunque celebrava il matrimonio a tenerne presso di sè l'iscrizione, si uniformò al diritto degli altri Stati nel 1885.

Così le solennità dei matrimoni regolari e la competenza a celebrarli variano secondo i paesi. In tutti gli Stati è competente a solennizzare il matrimonio ogni ministro, prete, o predicatore del Vangelo; ma mentre in molti (1) basta che sia stato ordinato secondo gli usi della sua religione, e nel Rhode Island lo stesso diritto spetta ad ogni anziano d'una comunità religiosa, in altri (2) deve aver ottenuto dalle autorità dello Stato una licenza speciale di celebrare matrimoni. In alcuni Stati tale diritto spetta anche ad ogni giudice di pace (3); in altri ad ogni sindaco (4) o al governatore dello Stato, (5) o ai giudici di una corte superiore (6) o della corte suprema (7) o di quelle per la verificazione dei testamenti (8) o di

(1) Nuovo Hampshire, Masachusetts, Vermont, Rhode Island, Connecticut, Nuova Jersey, Illinois, Michigan, Jowa, Nebraska, Maryland, Carolina del Nord, Tennessee, Missurì, Texas, Colorado, Wyoming, Mississipì, Florida, Nuovo Messico, Arizona.

(2) Maine, Ohio, Wisconsin, Minnesota, Kansas, Delaware, Virginia, West Virginia, Kentucky, Arkansas, Nevada, Alabama e Distretto di Columbia.

(3) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Connecticut, Nuova York, Nuova Jersey, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Carolina del Nord, Kentucky, Tennessee, Missurì, Arkansas, Texas, California, Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Idaho, Montana, Wyoming, Georgia, Alabama, Mississipì, Florida, Luisiana, Arizona.

(4) Nuova York, Nuova Jersey, Jowa, Delaware, Dakota.

(5) Arkansas, Idaho, Arigzna.

(6) Nuova Jersey, Jowa, Texas, California, Nevada, Washington, Idaho, Alabama, Mississipì, Florida, Luisiana.

(7) Rhode Island, Iowa, California, Dakota, Idaho, Alabama, Mississipì.

(8) Missurì, Washington, Dakota, Idaho, Alabama.

una court of record (1) di una corte di contea o di parrocchia (2) di una corte di città (3) o di polizia (4). Le leggi di varî Stati indicano « un giudice » senza distinzione fra le varie specie e gradi di magistrati; (5) altre estendono tale facoltà ai cancellieri; (6) nella Virginia chiunque faccia un deposito di 1500 dollari può ottenere dalla Corte di Contea licenza di solennizzare matrimonî: e nella Pennsylvania le parti possono in certi casi solennizzare da sè il matrimonio alla presenza di due testimoni presentandone poi l'atto colle firme di questi alla corte, mentre normalmente si richiedono in quello Stato dodici testimoni. Rispetto al carattere della solennità quando il matrimonio è celebrato da un prete, o non si richiede alcuna solennità speciale, (7) o la legge si riferisce alle forme religiose delle parti: (8) quando il matrimonio è civile basta in molti Stati la semplice dichiarazione dei coniugi di prendersi per marito e moglie. (9) I testimoni devono essere in alcuni Stati due (10) altrove tre (11) altrove ne basta uno. (12)

461. — Ma in mezzo a tanta diversità di norme legislative un principio vige egualmente in tutta l'estensione degli Stati Uniti non meno che in Scozia; il matrimonio conchiuso in onta alle prescrizioni della legge rispetto alla forma, è irregolare, ma non è nullo. Gli Statuti dei varii Stati e territorii minacciano pene a chi contravviene alle loro prescrizioni, ritenendone passibili talora le parti, tal'altra la persona che celebrò in onta alla legge la loro unione, talora tanto questa che quelli; ma in nessuno Stato o territorio

(1) Nuova York, Indiana, Illinois, Wisconsin, Minnesota, Arkansas, Montana.

(2) Nuova York, Kentucky, Missurì, Texas, Florida, Luisiana.

(3) Alabama. — (4) Nuova Jersey.

(5) Connecticut, Kansas, Nebraska, Tennessee, Missurì, Colorado, Wyoming, Georgia, Arizona.

(6) Alabama, Mississipì.

(7) Arkansas. — (8) Nuova York, Distretto di Columbia.

(9) Nuova York, Pennsylvania, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Nebraska, Carolina del Nord, Tennessee, California, Oregon, Nevada, Washington, Dahota, Idaho, Wyoming.

(10) Rhode Island, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Nebraska, Oregon, Nevada, Washington, Idaho, Wyoming.

(11) Luisiana.

(12) Nuova York, Dakota. Stimson. American Statute Law. Boston. Soule, 1886, pag. 671–7 e John S. Hittel. The resources of California, VI edit., S. Francisco A. Roman and Co., 1875, pag. 421.

risulta la nullità del matrimonio dall'inosservanza delle prescrizioni legislative rispetto alla forma. (1)

Secondo le leggi di molti Stati (2) nessun matrimonio celebrato davanti una persona che si presenti come giudice di pace o come sacerdote sarà nullo per la mancanza di competenza e di autorità in tale persona o per l'omissione (3) o vizio di forma nel modo con cui l'intenzione di maritarsi fu manifestata, se il matrimonio è legale sotto gli altri rapporti e se fu concluso col fermo convincimento delle parti o di una di queste ch'esse erano legalmente unite in matrimonio. (4) Ed una sentenza della Corte Suprema di Nuova York riassume così il diritto vigente in questo Stato: « I principii della common law che regge presso di noi il matrimonio, sono poco numerosi e molto semplici: per renderlo legale e valido non c'è bisogno di cerimonie nè di celebrazione da parte di un ministro, prete o magistrato; è richiesto soltanto il consenso delle parti, ed il contratto del matrimonio è perfetto quando vi fu consenso assoluto, libero e mutuo, delle parti capaci di contrarlo, anche quando tale consenso non fosse stato seguito da coabitazione ». E la Corte d'Appello, citando la sentenza anteriore, diceva: « Si sostiene che non vi è la prova di un matrimonio di fatto susseguente e che non è dimostrato esservi stata alcuna celebrazione. Ma la prova di un matrimonio positivo non era punto necessaria. Una prova così stretta non è necessaria che nei casi di processo per bigamia o per rapporti criminosi. Un matrimonio può essere provato in altri casi mercè la coabitazione, la confessione delle parti, il ricevimento nella famiglia ed altre circostanze dalle quali si può dedurre che vi fu matrimonio; nessuna celebrazione formale del matrimonio era richiesta ». (5)

Tale principio è riconosciuto perfino in quegli Stati dell'Unione la cui legge parrebbe, col vigore delle espressioni usate, proscriverne l'ammissione. Così, mentre il Codice della Luisiana negava

(1) Nota di Hamilton Fish, secret. di St., diramata il 16 Febb. 1872, ai rappresentanti degli Stati Uniti all'Estero e Stimson, l. c., pag. 671.

(2) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Indiana, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Nebraska, Delaware, Virginia, West Virginia, Oregon, Nevada, Washington, Idaho, Montana, Wyoming, Georgia.

(3) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine.

(4) Lawrence, l., c. pag. 329.

(5) L. c., pag. 324-5.

nel § 89 che abbiamo citato, ogni riconoscimento ai matrimonî celebrati in modo diverso da quello da esso prescritto, la Corte Suprema dello Stato così lo modificò nell'applicarlo: « Il Codice della Luisiana non dichiara nullo un matrimonio che non sia stato preceduto da una licenza e che non sia stabilito da un atto firmato dalle parti e da un certo numero di testimoni; nè considera un tale atto come la prova esclusiva del matrimonio. Le leggi regolanti le formalità e le cerimonie del matrimonio non sono imperative che per coloro che sono autorizzati a celebrare i matrimonî. Il matrimonio può essere provato mercè tutti i mezzi di prova non vietati dalle leggi. La coabitazione come marito e moglie fornisce una prova presuntiva della esistenza del matrimonio ». (1) Ora non esiste più nemmeno la possibilità di un'antimonia fra la lettera della legge e la giurisprudenza, perchè il principio ammesso dalla Corte suprema fu accolto recentemente anche nelle leggi civili di quello Stato. (2)

Da tutto ciò si deduce che, sotto il rispetto delle forme e delle solennità, il diritto degli Stati Uniti è sostanzialmente meno vario di quanto a primo aspetto possa apparire; che le modificazioni portate dalle varie leggi alla solennità del matrimonio portano per conseguenza una pena per chi non vi si conforma, ma non la nullità per il matrimonio stesso; che il consenso è ritenuto come essenziale e sufficiente a porre in esistenza il matrimonio; che tale principio è ammesso anche negli Stati le cui leggi parrebbero più assolutamente respingerlo, e che perciò la giurisprudenza di un singolo Stato da cui risulti l'estensione ed i modi di riconoscimento del matrimonio consensuale può essere studiata non tanto come documento della dottrina prevalente in quello Stato, quanto di quella prevalente in tutto il territorio dell'Unione.

462. — Tale dottrina rende possibile negli Stati Uniti conseguenze e sorprese ignote del tutto al diritto europeo; un uomo può essere ritenuto celibe, essere conosciuto per tale da tutti i i suoi parenti ed amici ed essere poi presunto legalmente maritato nei riguardi della sua successione; può, a dir così, vivere celibe e morire ammogliato. Un caso deciso l'11 Aprile 1882 dalla Corte d'Appello di Nuova York illustra singolarmente tale possibilità. (3)

(1) Luisiana Reports., ap. Lawrence, pag. 331.
(2) Stimson, l. c., pag. 171, § 6120 e pag. 677, § 6137, B.
(3) Badger c. Badger, *Alb. Law. Journal*, XXV, pag. 412.

Trattavasi della domanda presentata da una donna contro gli eredi di un certo Badger per ottenere un assegno vedovile sugli immobili lasciati da lui. Ma gli eredi respingevano quella domanda perchè il defunto aveva sempre vissuto insieme colla propria sorella come celibe senza far mai notevoli assenze dalla propria famiglia. Però nel corso della causa si seppe che nei brevi periodi di assenza dalla propria casa egli viveva in un altro quartiere della stessa città insieme coll'attrice che egli trattava e presentava per propria moglie presentando se stesso con nome diverso dal vero.

Tale coabitazione intermittente aveva durato circa 35 anni senza celebrazione di matrimonio nè convenzione espressa fra le parti da cui risultasse lo stabilimento di relazioni matrimoniali; ma era stata riputata da tutti coloro che la conoscevano come una regolare coabitazione coniugale. La Corte decise non esservi presunzione che i rapporti di Badger e dell'attrice fossero originariamente illeciti, poichè mancavano i fatti per stabilire una origine illecita della coabitazione come un fatto separato e indipendente, e che essendo stata presentata una lettera scritta dal defunto e firmata dall'attrice col nome di Maria Badger per felicitare il nipote di lei del suo matrimonio colle parole » vi auguriamo molta felicità ed attendiamo la vostra visita » tale lettera poteva essere ammessa come prova del carattere matrimoniale dei rapporti fra Badger e l'attrice. (1)

Altra conseguenza della consensualità del matrimonio è la validità che un secondo matrimonio, concluso finchè non sono sciolti i vincoli del primo, può acquistare ipso facto allo scioglimento posteriore di questo; tale possibilità fu riconosciuta dalla Corte Suprema di Nuova York colla sentenza del 9 Gennaio 1885. (2) Una donna domandava come vedova di Luigi Boniface le somme dovute per la morte di lui dall'associazione di mutuo soccorso della Stella Polare di Nuova York, le quali somme secondo il certificato rilasciato dall'associazione al Boniface dovevano essere pagate alla morte di lui alla vedova e, in mancanza di questa,

(1) V. anche circa la ratifica in seguito a coabitazione di un matrimonio nullo per difetto di età d'un coniuge; Corte Sup. dell'Ohio, 1884, Holts c. Dieck; *Alb. Law. Journal*, vol. 30, pag. 455.

(2) *Alb. Lav. Journal*, vol. XXXI, pag. 151; Polar-Star Mutual-Benev. Association of N. York, c. Boniface and Benfort.

ai figli di lui. Ma il Bonifacio erasi maritato ad Amburgo nel Giugno del 1842 ed emigrato a Nuova York nel 1853 vi aveva contratto matrimonio coll'attuale attrice nel 1860, diciotto anni prima che morisse la prima moglie. Perciò i figli di questa contestavano a quella il carattere di vedova, e reclamavano per sè il pagamento di quanto doveva l'associazione. Che il secondo matrimonio, nel momento in cui veniva celebrato, fosse assolutamente nullo come atto di bigamia, era fuori d'ogni dubbio; pure, siccome la prima moglie era morta nel Gennaio 1878, ed il marito il 18 Marzo 1882, dopo aver continuato a vivere durante quei quattro anni colla seconda moglie, era possibile, data la dottrina ammessa in America, ritenere che quella potesse presentarsi come vedova di lui, non già in virtù del matrimonio celebrato nel 1860, ma di quello consensuale che risultava posteriormente dalla coabitazione coniugale perdurata dal 1878 al 1882.

« Quando l'attuale attrice sposò il Boniface, disse il giudice Daniels, essa ignorava che egli si trovasse impegnato da' vincoli di un matrimonio antecedente; conobbe questo fatto alcuni mesi più tardi; ma ciò nonostante continuò a vivere con lui finchè venne a morte. Può essere data la prova che, dopo la morte della prima moglie, il defunto, avutane notizia, dichiarò alla seconda moglie che essa ormai non poteva più dubitare d'essere la sua moglie legittima, e le mostrò la partecipazione della morte della prima moglie; fu pure provato che, durante il periodo compreso fra la presentazione di questa lettera e la morte del Boniface, questi continuò a vivere coll'attrice come colla propria moglie, la presentò sempre come tale, e la trattò come tale sempre, anche durante la propria ultima malattia. Si può dunque presumere che *una nuova relazione coniugale* abbia avuto origine fra il defunto e l'attrice *dopo la morte della prima moglie*. L'intenzione nell'attrice fu di contrarre relazioni legittime col defunto fino dal momento in cui ebbe luogo il loro matrimonio illegale ....; si può dunque presumere che, dopo aver conosciuta la morte, avvenuta in Gennaio, della prima moglie, le due parti siansi accordate nell' intento di avere relazioni perfettamente conformi alle esigenze della legge, e, con tale scopo, abbiamo continuato a convivere come marito e moglie. Tale presunzione trovasi confermata dalle parole dette all'attrice quando fu noto il decesso della prima moglie. Essendo stato rimosso l'ostacolo che si opponeva anteriormente all'esecu-

zione del loro disegno, ed avendo continuato a sussistere tale disegno, è ragionevole presumere che le parti abbiano fatto tutto quanto poteva essere legalmente richiesto per rendere la loro unione legalmente obbligatoria ». Perciò fu deciso dalla Corte che la seconda moglie era la vedova contemplata nel certificato della società e ch' essa aveva diritto a percepire le somme dovute da quella.

Ma il caso può essere anche invertito nel diritto Americano; come cioè un matrimonio vizioso per bigamia può diventare successivamente matrimonio consensuale valido per effetto dello scioglimento del primo matrimonio; così un matrimonio regolare concluso e celebrato senza verun ostacolo apparente può essere chiarito successivamente come atto insussistente quando risulti comunque provato un matrimonio consensuale antecedente. Così la Corte Suprema del Maine che nella sentenza del 3 Maggio 1883 giudicò: « La prova della celebrazione regolare di un matrimonio fra due persone non basta in una causa civile ad escludere la prova per testimoni, nelle condizioni ordinarie, dell'esistenza di un matrimonio anteriore d'una di queste persone con una terza persona ancora vivente ». (1) Le conseguenze di tali dottrine sono però alquanto temperate da ciò che la coabitazione e la voce pubblica non sono per se stesse prove del matrimonio, ma soltanto circostanze che possono far presumere il consenso necessario a dargli esistenza; sicchè, se è dato addurre circostanze contrarie alla esistenza del consenso tutti quegli indizii esteriori restano destituiti d'ogni conseguenza giuridica. Non basta dunque che una relazione illecita fra due persone di sesso diverso sia continuata per poter presumere fra loro l'esistenza del matrimonio consensuale; bisogna possedere o prove od indizii atti a far presumere che le parti abbiano voluto trasformare successivamente in leciti i loro rapporti illeciti originariamente. (2)

463. — Se la regola *locus regit actum* fosse accolta dalle leggi e dalla giurisprudenza di tutto il mondo senza veruna restrizione, se tutti gli Stati la riconoscessero così attivamente come passivamente; cioè tanto per imporre le proprie forme a chiunque

(1) *Alb. Law. Journal*, vol. 28, pag. 499. Supr. Court, of Maine, 3 May, 1883. Inhabitants of Camldem, c. Inhabitants of Belgrade.

(2) C. Sup. d. Pennsylvania, 4 ott. 1886, Reading Insur and Trust Comp., *Alb. Law. Journal*, vol. 34, pag. 455.

voglia maritarsi nel loro rispettivo territorio, quanto per ammettere l'impero e la validità delle forme degli altri Stati per i matrimoni dei propri sudditi che si uniscono in territorio altrui, in tanta varietà di leggi relative alle forme del matrimonio, pur non vi sarebbe luogo per la minima confusione; nessuno ignorerebbe quali forme fossero necessarie per rendere valido il proprio matrimonio: basterebbe uniformarsi alle leggi del paese dove il matrimonio è celebrato; tutti potrebbero e dovrebbero maritarsi civilmente in Italia e religiosamente in Russia, tutti potrebbero scegliere l'una o l'altra forma in Inghilterra, tutti potrebbero maritarsi mercè il solo scambio dei consensi negli Stati Uniti d'America; una parte almeno del diritto Internazionale sarebbe certa e scevra di conflitti ed un articolo almeno del Codice universale potrebbe essere formulato. Ed infatti in questa parte meglio che nelle altre il diritto Internazionale si è avvicinato tuttora alla perfezione; poichè nell'ammettere in generale la regola *locus regit actum* si può constatare fra gli Stati una vera unanimità.

Il Codice Italiano (1) disponendo che « il matrimonio seguito in paese estero tra cittadini e tra un cittadino ed uno straniero, è valido purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese », non ha fatto che applicare al matrimonio il principio generale dell'articolo 9 del Titolo Preliminare: « Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalle leggi del luogo in cui sono fatti. » Il Lomonaco (2) nega col Laurent (3) tale conseguenza e dice che l'articolo 100 è non già un'applicazione, ma una estensione del principio dell'articolo 9 preliminare. « Il principio « *locus regit actum* » egli dice concerne gli *atti*, cioè dire gli scritti, mediante i quali viene constatato un fatto giuridico; esso non si applica dunque se non all'atto che l'ufficiale pubblico redige dopo la celebrazione del matrimonio. La celebrazione del matrimonio è cosa ben diversa dallo scritto che la compone ». Non credo che si possa ammettere l'equivalenza indicata con quella parola *cioè* fra *atto* e *scritto:* quando la legge dispone genericamente intorno alla forma degli atti giuridici, nulla autorizza ad escludere la forma verbale ammessa da certe leggi

(1) Articolo 100.
(2) *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, pag 141.
(3) *Principes de Droit Civil*, III, n.° 20.

zione del loro disegno, ed avendo continuato a sussistere tale disegno, è ragionevole presumere che le parti abbiano fatto tutto quanto poteva essere legalmente richiesto per rendere la loro unione legalmente obbligatoria ». Perciò fu deciso dalla Corte che la seconda moglie era la vedova contemplata nel certificato della società e ch' essa aveva diritto a percepire le somme dovute da quella.

Ma il caso può essere anche invertito nel diritto Americano; come cioè un matrimonio vizioso per bigamìa può diventare successivamente matrimonio consensuale valido per effetto dello scioglimento del primo matrimonio; così un matrimonio regolare concluso e celebrato senza verun ostacolo apparente può essere chiarito successivamente come atto insussistente quando risulti comunque provato un matrimonio consensuale antecedente. Così la Corte Suprema del Maine che nella sentenza del 3 Maggio 1883 giudicò: « La prova della celebrazione regolare di un matrimonio fra due persone non basta in una causa civile ad escludere la prova per testimoni, nelle condizioni ordinarie, dell'esistenza di un matrimonio anteriore d'una di queste persone con una terza persona ancora vivente ». (1) Le conseguenze di tali dottrine sono però alquanto temperate da ciò che la coabitazione e la voce pubblica non sono per se stesse prove del matrimonio, ma soltanto circostanze che possono far presumere il consenso necessario a dargli esistenza; sicchè, se è dato addurre circostanze contrarie alla esistenza del consenso tutti quegli indizii esteriori restano destituiti d'ogni conseguenza giuridica. Non basta dunque che una relazione illecita fra due persone di sesso diverso sia continuata per poter presumere fra loro l'esistenza del matrimonio consensuale; bisogna possedere o prove od indizii atti a far presumere che le parti abbiano voluto trasformare successivamente in leciti i loro rapporti illeciti originariamente. (2)

463. — Se la regola *locus regit actum* fosse accolta dalle leggi e dalla giurisprudenza di tutto il mondo senza veruna restrizione, se tutti gli Stati la riconoscessero così attivamente come passivamente; cioè tanto per imporre le proprie forme a chiunque

(1) *Alb. Law. Journal*, vol. 28, pag. 499. Supr. Court, of Maine, 3 May, 1883. Inhabitants of Camldem, c. Inhabitants of Belgrade.

(2) C. Sup. d. Pennsylvania, 4 ott. 1886. Reading Insur and Trust Comp., *Alb. Law. Journal*, vol. 34, pag. 455.

voglia maritarsi nel loro rispettivo territorio, quanto per ammettere l'impero e la validità delle forme degli altri Stati per i matrimoni dei propri sudditi che si uniscono in territorio altrui, in tanta varietà di leggi relative alle forme del matrimonio, pur non vi sarebbe luogo per la minima confusione; nessuno ignorerebbe quali forme fossero necessarie per rendere valido il proprio matrimonio: basterebbe uniformarsi alle leggi del paese dove il matrimonio è celebrato; tutti potrebbero e dovrebbero maritarsi civilmente in Italia e religiosamente in Russia, tutti potrebbero scegliere l'una o l'altra forma in Inghilterra, tutti potrebbero maritarsi mercè il solo scambio dei consensi negli Stati Uniti d'America; una parte almeno del diritto Internazionale sarebbe certa e scevra di conflitti ed un articolo almeno del Codice universale potrebbe essere formulato. Ed infatti in questa parte meglio che nelle altre il diritto Internazionale si è avvicinato tuttora alla perfezione; poichè nell'ammettere in generale la regola *locus regit actum* si può constatare fra gli Stati una vera unanimità.

Il Codice Italiano (1) disponendo che « il matrimonio seguito in paese estero tra cittadini e tra un cittadino ed uno straniero, è valido purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese », non ha fatto che applicare al matrimonio il principio generale dell'articolo 9 del Titolo Preliminare: « Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalle leggi del luogo in cui sono fatti. » Il Lomonaco (2) nega col Laurent (3) tale conseguenza e dice che l'articolo 100 è non già un'applicazione, ma una estensione del principio dell'articolo 9 preliminare. « Il principio « *locus regit actum* » egli dice concerne gli *atti*, cioè dire gli scritti, mediante i quali viene constatato un fatto giuridico; esso non si applica dunque se non all'atto che l'ufficiale pubblico redige dopo la celebrazione del matrimonio. La celebrazione del matrimonio è cosa ben diversa dallo scritto che la compone ». Non credo che si possa ammettere l'equivalenza indicata con quella parola *cioè* fra *atto* e *scritto:* quando la legge dispone genericamente intorno alla forma degli atti giuridici, nulla autorizza ad escludere la forma verbale ammessa da certe leggi

(1) Articolo 100.

(2) *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, pag 141.

(3) *Principes de Droit Civil*, III, n.° 20.

per certi atti e nulla autorizza a negare la caratteristica contemplatavi al fatto del matrimonio, che è appunto per eccellenza un atto giuridico. Io credo dunque che di quelle due disposizioni la prima non sia che un corollario della seconda, e che anche senza quella basterebbe questa per autorizzare gli Italiani a maritarsi all'estero secondo le forme ammesse dalle leggi locali. Comunque sia è fuor di dubbio che in Italia sarà riconosciuto come valido sia un matrimonio religioso contratto da due italiani o da un italiano con uno straniero in Austria, sia il matrimonio consensuale da essi contratto in Scozia o negli Stati Uniti.

Tale principio era stato ammesso dal Codice Francese nell'articolo 170. « Il matrimonio contratto in paese estero fra francesi o fra un individuo francese ed uno straniero sarà valido purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese ».

464. — A questa massima s'informa con sufficiente larghezza la giurisprudenza francese, ed il Weiss (1) ritiene che il matrimonio concluso da un francese o da francesi all'estero secondo le forme locali sarebbe valido anche se maritandosi all'estero il Francese non avesse avuto altro scopo che quello di sottrarsi all'osservanza delle formalità prescritte dalla legge del suo paese.

Dal principio ammesso in Italia ed in Francia deriva poi la conseguenza che l'esistenza del matrimonio contratto all'estero potrà essere provata con tutti i mezzi riconosciuti dalla *lex loci actus*. Così quantunque il Codice Italiano disponga (2) che « niuno può reclamare il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio se non presenta l'atto di celebrazione estratto dai registri dello Stato Civile » la prova del matrimonio religioso contratto da due italiani in Serbia basterà a conferire alla loro unione tutti i caratteri e tutti gli effetti di un valido matrimonio, e quantunque il nostro Codice (3) disponga che « il possesso di Stato, quantunque allegato da ambedue i coniugi, non dispensa dal presentare l'atto di celebrazione » due italiani potranno provare per testimoni o con altri documenti diversi da quell'atto, il matrimonio consensuale da loro contratto in America. Così in Francia due Francesi maritati religiosamente o consensualmente all'estero secondo le leggi locali, e che vogliano sciogliere il proprio vincolo coniugale, non potranno invocare la nullità della loro unione, ma dovranno

(1) L. c., pag. 650 n. — (2) Articolo 117. — (3) Articolo 118.

domandare il divorzio, perchè quel matrimonio religioso o consensuale estero vale in Francia come contratto civile e come tale esiste di fronte al diritto ed alla magistratura francese; (1) se invece fossero italiani, chiuso loro egualmente ogni adito alla domanda di annullamento, non resterebbe loro che ad invocare la separazione. Tutta la giurisprudenza italiana e francese è concorde nel riconoscere tale principio e nell'applicarne le conseguenze. La Corte di Cassazione di Torino decideva il 29 Luglio 1870 nella causa Lombardi c. Annao, (2) a proposito del matrimonio celebrato in Turchia da un Italiano con una greca secondo le forme della religione cattolica, che i cittadini dimoranti all'estero, qualunque siano i privilegi accordati loro nel paese in cui si trovano, conservano sempre il diritto di celebrare il matrimonio secondo le leggi del luogo, sicchè, se nel paese estero il matrimonio legittimo è quello contratto col rito della religione cui gli sposi appartengono, il patrio legislatore non può non riconoscere il matrimonio ivi contratto con quella forma dai cittadini italiani, nè questi possono impugnarlo sotto il pretesto che il matrimonio religioso non è riconosciuto nel paese cui essi appartengono.

E la Corte di Cassazione di Napoli (3) decise nella causa Romano c. Delphi, che si deve prestar fede nei riguardi di Italiani ad un estratto dei registri matrimoniali stranieri di cui un agente consolare italiano certifichi la legittimità, e che « un matrimonio celebrato da italiani in Inghilterra secondo il rito e le forme della chiesa cattolica romana, dev'essere presunto produttivo di effetti civili finchè la parte che lo impugna non prova il contrario ». Trattavasi appunto di una domanda di separazione presentata dalla moglie originariamente inglese, cui il marito opponeva l'invalidità stessa del matrimonio contratto religiosamente in Inghilterra. Ma la moglie avendo presentato un certificato estratto dal registro dei matrimonî dal distretto di Dover dal quale rilevavasi che, in conformità degli Statuti di Guglielmo IV e di Vittoria il matrimonio erasi celebrato secondo il rito e le cerimonie della Chiesa cattolica, la Corte giudicò doversi presumere osservata la *lex loci*, e con ciò ritenersi valido il matrimonio, e dovere il marito,

(1) Glasson, *Annales de l'École libre des sciences politiques*, I ann., pag. 38.

(2) Legge 1870, I, pag. 703. V. Anche Corte d'Appello di Napoli, 4 febbraio 1870; Elia c. Del Balzo, nella Legge 1871, I, pag. 60.

(3) Legge 1884, I, pag. 14 e 15.

per poterlo impugnare, provare che le disposizioni delle leggi locali non erano state osservate.

Così non mancano in Francia sentenze che riconoscono validi i matrimonî celebrati fra Francesi da un pastore in Inghilterra, da un prete al Brasile, (1) da un rabbino in Russia, o dagli sposi col semplice consenso a Nuova York; (2) e sentenze che pur non mancando verun elemento di capacità dichiarano nullo il matrimonio celebrato da francesi all'estero con forme diverse da quelle prescritte dalle leggi locali. Così (3) decise il tribunale della Senna il 24 Gennaio 1882, nella causa Guillon c. Augustoni dichiarando nullo il matrimonio celebrato dalle parti a Ventimiglia davanti a un prete contro gli articoli 93 e 117 del Codice Italiano. Tale sentenza pare abbia maggior valore per il principio che riconosce di quello che per la soluzione data al caso concreto, trattandosi di una forma di matrimonio non riconosciuto nemmeno dal diritto francese; ma ciò non è perchè il matrimonio è dichiarato nullo non già in omaggio alla legge francese, ma in omaggio alla legge italiana. Quando invece la legge locale riconosca od imponga il matrimonio religioso, la giurisprudenza francese non solo per il riconoscimento del matrimonio, ma anche per i modi della sua prova, corrisponde completamente alla giurisprudenza italiana, che abbiamo citato. Così, ad onta degli articoli 194 e 195 del Codice francese, corrispondenti agli articoli 117 e 118 del nostro Codice, il Tribunale Civile della Senna (4) ammise la prova del matrimonio celebrato fra due ebrei polacchi in Polonia secondo documenti in se stessi ambigui ed insufficienti, ma bastanti a formare un elemento di prova secondo la legge polacca.

465. — L'articolo 170 del Codice Belga ed il n° I della legge dello stesso paese del 20 Maggio 1882 riconoscono pure la va-

(1) V. C. di Bordeaux. Justamond c. Dalidou, 21 Dic. 1886, giudicando delle conseguenze di un matrimonio celebrato fra due francesi alla Nuova Orleans da un prete cattolico, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 600-3.

(2) Trib. d. Seine, 14 Marzo 1879, Pamnier e Gouard e Garfounkel. Corte d'App. de Paris, 20 Janv. 1873, Dussance, ap. Bard, l. c., pag. 203; e *Journal de Dr. Int. Privé*, 1881, pag. 515, 16; Corte di Parigi, 28 febb. 1881, Beaudemon de Lamaze c. suo figlio.

(3) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 81-87.

(4) 15 Marzo 1883, Leitner c. Leitner, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 392.

lidità dei matrimoni contratti all'estero da Belgi o da Belgi e stranieri secondo le forme prescritte dalle leggi locali; (1) e così fa pure l'articolo 138 del Codice Civile dei Paesi Bassi. In Inghilterra tale rispetto vuolsi spingere da taluno, in relazione colla dottrina che vi prevale circa la capacità personale, fino a reputare valido anche il matrimonio conchiuso da inglesi all'estero al solo scopo di sottrarsi ad una prescrizione della legge inglese senza distinguere fra quelle che riguardano le forme e quelle che impongono condizioni sostanziali; ma questa dottrina, che abbiamo veduta applicarsi ai matrimonî di stranieri in Inghilterra, non vi è più accettata generalmente per quanto riguarda quelli degli inglesi all'estero, se non in quanto si riferisce al regolamento delle forme. (2) A più forte ragione e con maggiore estensione si uniformano al principio comune gli Stati Uniti colla sola eccezione di quei casi del tutto eccezionali in cui una precisa disposizione di legge non obblighi i tribunali a dipartirsene. (3) Per la Svizzera basta ricordare l'articolo 54 della Costituzione federale e l'articolo 25 della legge del 1874 sullo stato civile ed il matrimonio, (4) ed in Austria lo stesso indirizzo è seguito dal Codice Civile che dispone: (5) « Quando stranieri con stranieri o con sudditi di questo Stato compiono atti giuridici all'estero, questi devono giudicarsi secondo le leggi del luogo dove furono contratti »; e qualunque dubbio derivante dal silenzio di quell'articolo rispetto a gli atti giuridici fra sudditi austriaci all'estero, è tolto dall'editto del 22 Luglio 1852 colla dizione più precisa e comprensiva: « quando sudditi austriaci contraggono matrimonio all'estero .... devono giudicarsi rispetto alla forma secondo le leggi del territorio dove ha luogo il matrimonio ». (6) La regola *locus regit actum* è accolta in Germania nella legge del 6 febbraio 1875, ed è riprodotta da leggi particolari dei varî Stati; per esempio dall'articolo 10 della legge sassone del 5 novembre 1875, e dalle leggi bavarese del 18 ottobre, wurtemberghese dell'8 agosto e badese del 9 dicembre 1875; e risulta nelle sue modalità da un editto del Ministero Im-

(1) *Moniteur Belge*, 24 Maggio 1882.
(2) Phillimore Comment. on Int. Law, vol. IV, pag. 279 e seg.
(3) Bishop. On Marriage and Divorce, I, § 355 e Stimson, § 6120.
(4) V. Garnier, pag. VII. — (5) § 37.
(6) Garnier, pag. 43.

periale degli Esteri del 13 dicembre 1875 comunicato al governo svizzero dalla legazione tedesca a Berna. (1)

Se la dottrina dagli autori più riputati di un paese potesse ritenersi indizio del diritto che vi prevale, il Martens (2) porgerebbe argomenti sufficienti per porre anche la Russia fra gli Stati che riconoscono lo stesso principio; ma la opinione di lui non può essere considerata che come indizio di una tendenza esistente in quel paese.

Fra gli altri non mancano, oltrechè norme nella legislazione, anche nel diritto convenzionale accordi reciproci per assicurare l'applicazione di quella regola che rende più facile alle parti il compimento legale dei loro atti giuridici in paese straniero ed anche la prestazione della prova. A render agevole la celebrazione del matrimonio secondo le leggi locali ed a togliere tutti gli ostacoli e le lentezze che potrebbe cagionare la presentazione dei documenti necessarii, fu scambiata fra la Francia ed il Lussemburgo il 24 dicembre 1868 una dichiarazione (3) colla quale si stabilisce che gli uffici dello Stato Civile dei due paesi ammetteranno rispettivamente gli atti che devono presentarsi dai sudditi dell'altro paese per contrarre matrimonio nel loro territorio, senza esigervi altra legalizzazione oltre a quella del Presidente del Tribunale, o del giudice di pace o del suo supplente, eccettuati quei casi in cui vi fosse luogo a mettere in dubbio la autenticità dei documenti presentati. La stessa concessione fu riprodotta nella dichiarazione francese del 14 Giugno 1872 colla Germania per l'Alsazia-Lorena ed in quella del 18 Ottobre 1879 col Belgio, che autorizzano in un paese la presentazione di atti provenienti dall'altro e portanti la sola legalizzazione delle autorità straniere; così si raggiunge specialmente lo scopo di semplificare le formalità necessarie per contrarre matrimonio e di rendere più facile la celebrazione di questo (in modo universalmente riconosciuto come valido) secondo la legge del luogo dove i fidanzati si trovano. (4)

(1) Garnier, pag. 6.

(2) L. c., pag. 431-4.

(3) *Archives Diplomatiques*, 1868, vol. II, pag. 629.

(4) La stessa autorità è concessa dalla Francia all'Italia coll'art. 8 della Convenzione Consolare del 26 Luglio 1862; al Portogallo coll'art. 7 della Convenzione dell'11 Luglio 1866, ed all'Austria-Ungheria dall'art. 9 della Convenzione dell'11 Dic. 1866; tali convenzioni attribuiscono ai Consoli il

466. — Ma anche fra gli Stati che riconoscono così esplicitamente lo statuto delle forme può sorgere una notevole occasione di conflitti dal fatto che essi non vadano d'accordo circa il significato e l'estensione della parola *forma*. Al significato troppo esteso dato alla *forma* da alcuni, corrisponde quello troppo ristretto attribuitole da altri; e molte delle distinzioni che si fanno fra le varie specie di forme non dipendono da altro che da un criterio inesatto circa che cosa *forma* veramente sia.

Così il Merlin (1) distingue le formalità in abilitanti, intrinseche, estrinseche e di esecuzione. Le prime sarebbero quelle che « rendono capaci di fare certi atti coloro che ne sono incapaci per condizione personale: per esempio l'autorizzazione maritale; le seconde quelle che costituiscono la sostanza stessa dell'atto, come il consenso delle parti contraenti; le terze quelle che consistono nella manifestazione esterna scritta o verbale, comune o solenne di un atto giuridico nel suo compimento; e le ultime quelle che son necessarie perchè un atto possa essere eseguito: come per esempio la apposizione della formula esecutiva. Ora è indubitato che, se tutte queste potessero propriamente dirsi *forme* e se vi si dovesse applicare la norma *locus regit actum*, una territorialità più assoluta ancora che quella del diritto anglo-americano dominerebbe tutto quanto il campo dei rapporti giuridici. Ma se per *forma* deve intendersi il modo di manifestazione esteriore di un atto giuridico considerato nella genesi del suo compimento, a tre delle distinzioni del Merlin non compete punto un tal nome. Non alle prime perchè si riferiscono all'elemento esclusivamente intimo e personale della capacità considerata in potenza; non alle seconde perchè si riferiscono all'elemento non meno personale della capacità considerata in atto; non alle ultime perchè quelle entrano nella categoria delle norme di procedura.

Il nome di *forma*, secondo il concetto che a me pare il solo ammissibile, non spetta se non alla terza categoria distinta dal

diritto di tradurre e di legalizzare ogni specie di documenti provenienti dalle autorità dei loro paesi rispettivi; le altre convenzioni consolari stipulano il trattamento della nazione più favorita. V. *Lettre du M. de la Justice au Procureur de la République à Paris*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 559-560. V. Anche art. 3, della Convenzione Italo-Germanica, del 3 Dic. 1874; Palma, l. c., pag 1198.

(1) Repert. Loi, § VI.

Merlin; ma la norma speciale che deve regolare le forme nel diritto internazionale privato deve reggere tutta quanta quella categoria, sicchè, lasciato ad altre norme tutto quanto riguarda la capacità e l'esecuzione degli atti, tutto ciò che si riferisce al modo della loro manifestazione esteriore nel periodo del loro compimento debba intendersi appartenere alle forme ed essere soggetto allo speciale statuto di queste ultime. Invece, nemmeno rispetto a questo concetto, a dir così, minimo, delle forme, l'accordo è così generale nell'applicazione del principio a tutti i casi ed in tutte le conseguenze, come nel riconoscere in termini generici la bontà del principio stesso; poichè non mancano Stati che, confondendo stranamente il modo con cui deve compiersi un atto nel loro territorio colla capacità delle persone a compiere un atto in un modo o nell'altro, pretendono trasportare nel dominio dello statuto personale quanto appartiene a quello delle forme e negano pertanto riconoscimento in alcuni casi particolari a quella prevalenza che il principio *locus regit actum* attribuisce alla legge del paese dove l'atto si compie.

467. — Una delle particolarità legislative che può dar luogo a simile equivoco e misconoscimento, è quella che impone in questo o quello Stato una forma solenne all'atto del matrimonio, e specialmente quella che riconosce ed impone in un dato territorio la celebrazione esclusiva del matrimonio religioso. Che il matrimonio religioso faccia delle varie religioni altrettante chiuse cerchie endogamiche, che tolga o limiti almeno la capacità al connubio fra addetti a religioni diverse, e che perciò vizii di nullità il matrimonio da loro contratto all'estero in onta alle leggi patrie, non è che un lato delle conseguenze derivanti da quella disposizione legislativa. Essa, in forza di quel malinteso, può operare anche su coloro che si maritino all'estero senza infrangere la cerchia loro prescritta dalla legge patria; perchè questa può pretendere non solo che essi debbano maritarsi con quelle determinate categorie di persone, ma anche che debbano maritarsi in quel determinato modo, e mutare pertanto una questione di forma in una questione di capacità.

Così per esempio la Spagna riconosce in genere, come abbiamo notato, la massima *locus regit actum,* ma sottrae il modo della solennità matrimoniale allo statuto delle forme per quanto si riferisce alle unioni contratte dagli Spagnuoli all'estero. L'articolo 41 della

« ley provisional de matrimonio civil » del 1870 riconosceva come validi i matrimonii celebrati dagli Spagnuoli all'estero secondo le regole vigenti nel paese della celebrazione circa la forma esterna di quel contratto, ma il Garnier reputa (1) nello stato presente della legislazione spagnuola per lo meno consigliabile che gli spagnuoli cattolici facciano seguire un matrimonio civile concluso da loro all'estero dal matrimonio religioso. Infatti dopo che per essi il decreto del 9 febbraio 1875 rimise in vigore il diritto antecedente, devesi aver riguardo in tal caso per quanto li riguarda all' articolo 50 della legge del 1862 che dispone: « i matrimonî contratti all'estero, quando entrambe le parti od una di esse sarà spagnuola sono retti .... salvo che se non fosse stato celebrato in presenza di un curato e di due testimoni e le parti contraenti venissero nel regno, esse lo rettificheranno nei due mesi che seguiranno il loro arrivo .... » (2).

Lo stesso principio passò, coll'elemento prevalente della popolazione, dalla Spagna nell'America latina, dove fu temperato però dall'ultimo Codice della Repubblica Argentina. Questo garantisce assoluto rispetto alle forme del diritto straniero anche per i matrimonî conchiusi da Argentini all'estero; ma vi appone come limiti di ordine pubblico le condizioni che quel matrimonio non costituisca atto di poligamia, e che il coniuge non sia un prete cattolico (3) od altra persona legata dai voti religiosi.

Le disposizioni del Codice portoghese sono tutt'altro che chiare e concordi rispetto a questo argomento: l'articolo 1057 impone ai cattolici portoghesi la forma di matrimonio adottata dalla Chiesa; l'articolo 1081 proibisce all'Ufficiale dello Stato Civile che deve celebrare il matrimonio civile fra gli accattolici, di informarsi della religione dei fidanzati; l'articolo 1090 dichiara che un matrimonio civile non può mai essere annullato per causa della religione degli sposi; e gli articoli 1065 e 1066 dispongono che nella forma dei matrimonî di portoghesi all'estero deve prevalere la legge locale. Ora l'antinomìa fra il primo degli articoli citati ed i successivi persuade il Garnier a ritenere consigliabile che i portoghesi cattolici, i quali si maritano civilmente all'estero, facciano seguire al matrimonio civile quello religioso. (4)

(1) Pag. 60. — (2) Cardenas, ap. Lawrence, pag. 352, 3.

(3) Daireaux, l. c., pag. 210 e seg.

(4) Pag. 54; V. anche, pag. 86, ed il § 1069 del C. C. Portoghese, che conferma un tale dubbio.

La legge del Chilì parrebbe molto più esplicita nel senso della territorialità delle forme. L'articolo 14 del Codice Civile di quel paese disponendo infatti: « La legge obbliga tutti gli abitanti della Repubblica, compresi gli stranieri », sottomette nazionali e stranieri ad osservare le prescrizioni di tutte le leggi chilene per tutti gli atti giuridici compiuti nel Chilì, tanto in ciò che riguarda la forma, quanto in ciò che si riferisce alle qualità essenziali dell'atto ed alla capacità personale. Inoltre l'articolo 17 riconosce l'applicazione della regola *locus regit actum* a tutti gli atti o contratti compiuti all'estero sia da stranieri che da chileni; e finalmente l'articolo 119 applica, colla riserva dell'osservanza facoltativa del diritto chileno, specialmente la stessa norma al matrimonio disponendo: « Il matrimonio celebrato in paese estero conformemente alle leggi di questo paese od alle leggi chilene, avrà nel Chilì gli stessi effetti civili che se fosse stato celebrato nel territorio chileno ». Ma da un lato il § 2 dello stesso articolo, riservando l'obbligo del chileno di sottomettersi alla legge patria in quanto si riferisce alla capacità della persona, anzitutto applica ai nazionali che agiscono all'estero una regola diversa da quella ritenuta per gli stranieri che agiscono nel Chilì; dall'altro, in quanto riguarda la forma, mi mancano nozioni sufficienti così per ammettere come per escludere che al Chilì si confonda l'adozione della forma religiosa colle questioni di capacità. (1)

Nel Brasile invece il dubbio sulla personalità dell'obbligo del matrimonio religioso si muta in certezza. Vi manca una disposizione di legge rispetto alla validità del matrimonio concluso dai brasiliani all'estero; ma, secondo l'opinione predominante, per coloro che appartengono alla religione dello Stato, le forme prescritte dal concilio Tridentino restano obbligatorie anche all'estero, sicchè i matrimonî che sudditi brasiliani avessero contratto in altro paese secondo le leggi locali nel modo ammesso prima del concilio di Trento sarebbero destituiti in Brasile di effetti giuridici. Del pari l'obbligo del matrimonio religioso prescritto dal concilio Tridentino è ritenuto sussistere anche per i matrimonî conclusi dai brasiliani cattolici in quei paesi dove è assolutamente ed unicamente riconosciuto il matrimonio civile. I giuristi brasiliani in

(1) Fabrès. *Le Dr. Int. Privé, dans la legislat. du Chilì*; *Journal du Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 136, 138, 140, 1.

somma considerano la celebrazione religiosa come un elemento intrinseco della validità del matrimonio; sicchè non è proibito ai brasiliani all'estero di maritarsi *anche* in una forma diversa dalla cattolica, ma, per esser riconosciuti come maritati nel loro paese, essi devono celebrare l'unione in quella forma. Meno rigoroso è il diritto dello stesso paese per quanto si riferisce agli accattolici brasiliani; questi, secondo risulta dalla legge 1144 dell'11 Settembre 1861, quando si maritano all'estero, devono celebrare la loro unione nella forma prescrittavi per i loro correligionari, sicchè dove il matrimonio civile ha sostituito la forma ecclesiastica del matrimonio, possono celebrare un matrimonio civile che sia riconosciuto valido anche in Brasile. Così, supponendo che alcuni sudditi brasiliani di razza tedesca in parte protestanti ed in parte cattolici appartenenti alle colonie di San Paolo, Parana e Santa Caterina, celebrino i loro matrimoni in Germania colla sola forma civile colà prescritta dalla legge del 1875 e poi ritornino al Brasile; i protestanti saranno riconosciuti come validamente maritati di fronte al diritto brasiliano; ma non i cattolici. (1)

468. — La legge ungherese invece non fa di tali distinzioni: dinanzi ad essa il matrimonio è un istituto esclusivamente religioso, e la forma ch'essa prescrive importa una incapacità speciale dei sudditi ungheresi senza distinzione di culto a seguirne un'altra all'estero. Da una nota del Ministero ungherese del 28 Marzo 1871 risulta « che in Ungheria sono riconosciuti soltanto come validi quei matrimoni che furono celebrati secondo le formalità prescritte, e che in virtù di un matrimonio civile dovunque concluso nè può essere acquistata la cittadinanza ungherese, nè possono essere conferiti i diritti spettanti ai figli legittimi alla prole risultante da tale unione ». (2) Ed una nota del Consolato Austro-Ungarico a Zurigo (3) afferma che, anche nel caso di matrimoni misti, l'intervento di un ministro della religione è ugualmente indispensabile secondo la legge ungherese, così che dalla assenza di quello deriva la nullità del matrimonio in Ungheria.

Tale caso appunto si presentò nel 1883 davanti ai tribunali svizzeri. Luigi Bacs, cattolico di Cronstad in Transilvania, dimorante

(1) Garnier, pag. 237.
(2) Garnier, pag. 64.
(3) Rittner, Cas singulier de mariage suisse-hongrois, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 161.

a Zurigo, vi aveva sposato davanti l'Ufficiale dello Stato Civile l'11 marzo 1879 la svizzera Sofia Aeppli appartenente alla religione riformata. Prima di maritarsi egli presentava allo stato civile svizzero un certificato del municipio del comune originario dal quale risultava « che nulla si opponeva al matrimonio di lui da parte delle autorità, ma che il curato erasi rifiutato a fare le pubblicazioni perchè il Bacs proponevasi di contrarre matrimonio civile ». Sottoposto tale certificato, atto a far sorgere qualche dubbio, al console austro-ungarico di Zurigo questi rispose « che il certificato conteneva il consenso politico in debite forme al matrimonio progettato e che potevasi procedere alla celebrazione senza ulteriori formalità ». In seguito a ciò l'ufficiale delle stato civile autorizzato celebrò il matrimonio che non fu seguito dalla cerimonia religiosa. Nel 1881 il Bacs presentò una domanda di divorzio; nel discuterne due anni dopo, il tribunale distrettuale di Zurigo esaminò se il Bacs poteva stabilire secondo i termini dell'articolo 56 della « legge del 1874 sullo Stato Civile ed il matrimonio », che lo Stato cui i coniugi appartenevano riconoscerebbe la sentenza di divorzio. Ma da una nota del consolato austro-ungarico del 1 Settembre 1882 risultava che, non essendo intervenuto al matrimonio dei coniugi Bacs un ministro della religione competente secondo la legge ungherese, il matrimonio era nullo nella patria dei coniugi e non avrebbe potuto esservi omologata una sentenza di divorzio dal momento che secondo le leggi di quel paese un matrimonio non era mai esistito; sicchè il tribunale respingeva la domanda. Il Bacs ricorse al Tribunale federale, ma non ottenne miglior successo. Il Tribunale federale riconosceva che il matrimonio era perfettamente valido secondo le leggi svizzere nella sostanza e nella forma, quantunque non riconosciuto a motivo di quest'ultima dalla legge ungherese; e riteneva che, non essendo esso stato annullato dal giudice competente, il magistrato svizzero non potesse decidere su una domanda di divorzio se non quando fosse dimostrato competere alla sentenza da pronunciarsi la esecuzione nel paese d'origine delle parti. Il ricorrente affermava che a tale certezza di esecuzione doveva ritenersi corrispondente la certezza che quel matrimonio era riputato come non esistente in Ungheria, ma il Tribunale federale non ammise tale argomento, poichè, « le divorce et l'annullation d'un mariage etant loins d'ailleurs de produire des effets identiques, la preuve que le mariage n'est pas reconnu dans le pays d'origine des epoux

ne saurait non plus à ce point de vue équivaloir à la justification que le divorce y sera reconnu ». Perciò anche il Tribunale federale respinse il ricorso del Bacs. Ora, per effetto della confusione sussistente nel diritto del suo paese fra lo statuto personale e lo statuto delle forme, egli trovavasi in questa strana condizione, di non poter domandare in Svizzera nè l'annullamento del matrimonio nè il divorzio. La via ad ottenere l'annullamento gli era chiusa dagli articoli 50 a 53 della legge del 1874, secondo i quali un matrimonio regolare nella forma non può essere impugnato per nullità se non in caso di vizio nel consenso, di bigamia, di parentela o di affinità nei gradi proibiti, d'alienazione mentale, di età insufficiente, di mancanza d'autorizzazione dei genitori e del tutore e di mancanza di pubblicazioni, mentre invece la mancanza da parte di uno straniero della presentazione richiesta dall'articolo 37 costituisce soltanto un impedimento proibitivo che dipende dalle autorità Cantonali di togliere, e che, dopo celebrato il matrimonio, non permette in ogni caso di impugnarne la validità. Inoltre anche rispetto all'annullamento, l'articolo 56 della legge del 1874 richiede la giustificazione ch'esso sarà riconosciuto nel paese d'origine dei coniugi, e ciò nel caso concreto era impossibile perchè il loro matrimonio era, al cospetto delle leggi ungheresi, inesistente. Finalmente l'adito ad ottenere il divorzio era chiuso dalla stessa impossibilità; sicchè i coniugi Bacs trovavansi costretti a rimanere indissolubilmente maritati in Svizzera per quel motivo appunto per cui non erano stati mai maritati in Ungheria. (1) Se si fosse trattato di due greci maritatisi civilmente all'estero il loro matrimonio sarebbe egualmente stato considerato nel loro paese come non esistente.

469. — Nè diversa conseguenza può trarsi dallo studio del diritto matrimoniale vigente in Russia basato com'è esclusivamente sulle norme delle diverse confessioni religiose; e una conferma può trarsene dall'esempio che ho già citato adotto dal Lehr (2) del riconoscimento accordato in Russia del matrimonio contratto civilmente da un francese in Francia; ma a togliere ogni dubbio che pur potesse restare, bastano due note dirette dalla legazione russa a Berna al consiglio federale svizzero dove sta scritto: « secondo

(1) Garnier, l. c., pag. 2 e 57.

(2) V. vol. II, parte I, pag. 257; e *Dr. Civ. Russe*, pag. 5 e 6.

le leggi dell'impero russo nulla impedisce ai sudditi di contrarre matrimonio all'estero, ma sotto la condizione che il matrimonio sia celebrato secondo le regole e le prescrizioni della confessione o delle confessioni cui gli sposi appartengono. I matrimoni celebrati secondo tali norme saranno riconosciuti in Russia come validi con tutti i loro effetti giuridici .... La legislazione russa riconosce ed esige soltanto il matrimonio religioso, e le autorità russe non possono occuparsi del riconoscimento di matrimoni civili contratti all'estero da sudditi russi. Un suddito russo dovrà dunque sposarsi in entrambe le forme (in Svizzera) ed uniformarsi così alle esigenze d'entrambe le legislazioni ». (1)

L'Austria invece che pure per tutti coloro che appartengono ad una qualsiasi religione, non riconosce, quando il ministro dei culti non si rifiuti a celebrarlo, altro matrimonio all'infuori di quello religioso, offre, nel giudicare dei matrimoni contratti all'estero, un migliore esempio di rispetto pieno della regola *locus regit actum*. Fino dal 22 Luglio 1852 il Ministero dei culti emanava un rescritto riconoscendo che nei matrimoni contratti da austriaci all'estero debba prevalere senza eccezioni la forma prescritta nel paese dove segue il matrimonio. Però i matrimoni contratti civilmente da austriaci all'estero avendo trovati ostacoli ed impedimenti rispetto agli effetti del riconoscimento da parte dei comuni e dei parroci, un rescritto del Ministero dell' Interno del 12 Marzo 1878 riaffermava lo stesso principio in termini ancora più espliciti rispetto a tutti i paesi civili, dopochè ciò era stato fatto col rescritto del 1 Agosto 1876 per quanto riguarda la Germania. « Quando, vi è detto, è posta in questione la validità di un matrimonio civile contratto da un austriaco che non abbia celebrato anche il matrimonio religioso in un paese dove sia stato introdotto il matrimonio civile obbligatorio, la decisione è di competenza dei tribunali, ma in quanto si riferisca ad una decisione dal punto di vista delle autorità amministrative, si può dedurre che un tale matrimonio civile di un austriaco deve essere considerato come valido in Austria. Resta poi in loro facoltà di far benedire religiosamente il loro matrimonio contratto col rito civile ». (2) Sicchè agli austriaci che si maritano all'estero non è necessario di contrarre anche il ma-

(1) Garnier, l. c., pag. 57 e 59.
(2) Garnier, pag. 44.

trimonio religioso; ciò è soltanto consigliabile per evitare quelle difficoltà che potrebbero essere suscitate rispetto al riconoscimento degli effetti civili di quel matrimonio nella loro patria da parte delle autorità comunali e parrocchiali; difficoltà però che sarebbero destituite d'ogni fondamento legale e che potrebbero molto probabilmente essere vinte mediante il ricorso ai tribunali. (1)

470. — Le disposizioni legislative citate finora dimostrano come sia difficile che l'accordo fra gli Stati si possa conseguire in quella parte del diritto internazionale matrimoniale che ha relazione colle istituzioni religiose riconosciute in alcuni paesi come istituzioni dello Stato; da tali istituzioni dipende l'esistenza di incapacità che uno Stato è tanto interessato a ritenere indelebili nei proprii sudditi, quanto un altro a non riconoscere negli stranieri; e da esse pure derivano eccezioni al riconoscimento della regola *locus regit actum*, che perturbano il concetto di *forma* confondendolo con quello di *capacità*. Ora come è un inconveniente il sottoporre gli stranieri che si maritano, alle leggi territoriali rispetto alla capacità, così è un inconveniente il non riconoscere pienamente la competenza delle leggi territoriali circa le forme, quando essa sia riconosciuta dalle parti, che liberamente vi si sottomettono. L'Austria dà un esempio del modo di impedire tali conflitti riconoscendo senza restrizioni quella competenza. E questa è la soluzione non solo più opportuna, ma più logica e giusta.

È evidente infatti che la possibilità di maritarsi in genere e la possibilità di maritarsi con determinate persone, entra nel dominio della capacità; ma, date tutte queste condizioni, la possibilità di maritarsi in un dato modo entra totalmente nel dominio delle formalità.

Queste devono essere regolate per universale consenso dalle leggi del paese dove gli atti stessi si compiono; e può ben dirsi che quelli stessi principii in omaggio ai quali la persona dev'essere retta dalle leggi del paese a cui appartiene, impongono di

(1) È evidente che un matrimonio fra cristiani e non cristiani austriaci, contratto all'estero, sarebbe considerato inesistente in Austria; ma non già in quanto sarebbe matrimonio civile, bensì come matrimonio fra due persone incapaci secondo la legge austriaca, di unirsi in matrimonio; allora si avrebbe un caso non già di validità di forme, ma di validità intrinseca del matrimonio stesso dipendente dalla capacità personale.

lasciar regolare la forma degli atti dalle leggi del luogo dove hanno nascimento. A queste spetta evidentemente sorvegliarne la esplicazione secondo le esigenze dell'ordine interno; sotto la tutela di queste essi si compiono, e la corrispondenza fra la forma dell'atto compiuto e le prescrizioni della legge imperante dove esso si compie, testificano della sua stessa esistenza come atto giuridico. Solo compiendosi in armonia con quelle leggi esso può corrispondere a quelle caratteristiche di sicurezza che vi si richieggono, poichè solo allora entra in quell'ambito nel quale lo attendono tutti i mezzi di controllo e tutti i mezzi di prova per esso preparati della legislazione. Nè così facendo s'offende l'ordine pubblico del paese che riconosce l'atto compiuto all'estero in una forma diversa dalla propria: poichè piuttosto che di riconoscere un matrimonio civile, si tratta di riconoscere un matrimonio compiuto all'estero sotto la tutela della legge estera, che è la più competente a regolarne il modo di esplicazione ed il mezzo della prova: in tal caso il compito dei due paesi è chiaro e ben definito: lo Stato dove il matrimonio si compie deve poter regolare il modo del suo compimento; lo Stato cui appartengono le persone deve riconoscere l'atto così come si presenta, cioè compiuto legalmente nel paese dove ebbe nascimento.

471. — A noi non incombe discutere della bontà intrinseca del matrimonio civile e del matrimonio religioso, ma è certo che le ragioni, le quali determinarono alcuni Stati ad imporre ai proprii sudditi il matrimonio civile, non sono meno collegate coi criterii del diritto e dell'ordine pubblico di quello che non siano le ragioni che persuasero altri Stati a mantenere l'obbligo del matrimonio religioso. E le une e le altre si collegano a criterii giuridici e sociali d'ordine superiore, al rispetto di certi sommi principii ritenuti essenziali al bene della società, alla consapevolezza dell'intimo legame che esiste fra la famiglia e lo Stato. Gli uni credono che il matrimonio non possa perdere il suo carattere di istituto religioso come credono che lo Stato non possa rinunciare ad una determinata fede; che la famiglia debba entrare attraverso alla chiesa nella società dello Stato: che la famiglia non santificata e moderata dalla fede sia un sacrilegio e che lo Stato indifferente in argomento di fede prepari la propria rovina. Gli altri ritengono che il regno della fede e quello della vita sociale siano essenzialmente distinti e che importi tenerli divisi nel diritto po-

sitivo; che spetti alla religione governare le coscienze degli individui senza ingerirsi nei loro rapporti giuridici; e che lo Stato debba regolar tutti questi ultimi senza costringere gli individui a violentare la propria coscienza; che il matrimonio essendo il più nobile dei contratti e la famiglia la base della società, questa debba regolarne non solo gli effetti giuridici, ma anche il nascimento.

Sono due indirizzi assolutamente in opposizione l'uno coll'altro, ma se si può trovare fra loro nei riguardi del diritto internazionale una caratteristica comune, questa si riscontra certo nell'appartenere entrambi all'ordine pubblico. Pure nessuno Stato che abbia adottato il matrimonio civile obbligatorio, nega riconoscimento ai matrimonî religiosi conclusi dai suoi sudditi all'estero conformemente alle leggi locali. Ciò non dipende già da una minore importanza che in questi Stati si attribuisca al matrimonio civile in confronto di quella che è attribuita in altri Stati al matrimonio religioso, ma da un più esatto concetto della competenza a regolare le forme degli atti e da una più esatta distinzione delle forme dalla capacità. (1)

172. — Un altro dubbio, ma nella maggior parte dei casi un semplice dubbio, di eccezione alla regola *locus regit actum*, può sorgere dall'applicazione ai matrimonî contratti dai cittadini all'estero, dell'obbligo di certi atti antecedenti o susseguenti alla celebrazione, che secondo il diritto vigente in tutti gli Stati che richieggono una celebrazione solenne civile o religiosa, sono voluti nelle unioni celebrate nel proprio territorio. È indubitato che le pubblicazioni sono una formalità che si collega colle forme stesse del matrimonio; pure, dato che una legislazione non solo le richieda per i matrimonî che si contraggono nel territorio dove essa impera, ma le imponga nel proprio territorio anche ai cittadini che si maritano all'estero, sorge il dubbio se tale obbligo non debba intendersi come una condizione imposta alla loro capacità di maritarsi all'estero, sicchè dalla mancanza di quelle possa venirne impedito il riconoscimento di quel matrimonio nel loro paese.

L'articolo 170 del Codice francese ha tutti i caratteri necessarii per mutare tale dubbio in certezza: « il matrimonio contratto in

(1) Il Trib. Civ. della Senna, 5 Dic. 1883. Ledreux c. Ledreux, riconobbe come valido il matrimonio celebrato a Pietroburgo da due francesi cattolici secondo le prescrizioni del Concilio di Trento.

paese estero tra francesi o tra francesi e stranieri sarà valido purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, purchè si siano fatte precedere al matrimonio le pubblicazioni prescritte dall'articolo 63, e che il francese non abbia contravvenuto alle disposizioni del capitolo precedente » (capacità). È necessario leggere tutto intero l'articolo perchè si resta in tal guisa persuasi che, volendo applicare e non modificare la legge del suo paese, il magistrato francese dovrebbe ritenere invalido il matrimonio dei francesi all'estero, non preceduto dalle pubblicazioni in Francia. La legge infatti ne suppone la validità a tre condizioni fra le quali non distingue, sicchè lo stesso motivo che impedisce di riconoscerla quando i coniugi non abbiano ottemperato alla legge francese circa la capacità, dovrebbe impedirne il riconoscimento anche quando sono state violate le norme relative alle pubblicazioni. Giova dire fin d'ora che la giurisprudenza non fu di questo avviso; ma, anche senza notare che la giurisprudenza esce dalla propria cerchia quando altera le leggi, non bisogna dimenticare che ad essa è dato di mutare con minori difficoltà e con minore preparazione e pubblicità della legge, e che questa, come ora esiste, può sempre offrirle un buon motivo di compiere un tal mutamento.

Un po'meno imperativa nella forma, ma sostanzialmente analoga, è la dizione dell'articolo 100 del nostro Codice Civile che, dopo aver subordinata la validità del matrimonio contratto dagli italiani all'estero alle norme di capacità della legge italiana ed a quelle di forma della legge straniera, non impone le pubblicazioni nello stesso periodo e sotto la stessa congiunzione come l'articolo 170 del Codice francese, ma soggiunge in un altro capoverso: « le pubblicazioni devono anche farsi nel Regno a norma degli articoli 70 e 71 ». Analogo a questi è l'articolo 138 del Codice dei Paesi Bassi. La legge svizzera del 1874 all'incontro non lascia luogo ad alcun dubbio disponendo all'articolo 29: « ogni matrimonio da celebrarsi nel territorio federale deve essere preceduto dalla pubblicazione e dagli sponsali; la pubblicazione deve farsi tanto alla residenza che al comune d'origine di ciascuno dei fidanzati; se all'estero, secondo la legge territoriale vigente, la pubblicazione non è fattibile come superflua od illecita, ciò dev'essere stabilito mediante un certificato ». Tutta la dizione di quest'articolo dimostra che la necessità e la opportunità delle pubblicazioni è regolata, secondo il diritto svizzero, dalla legge del luogo dove

è celebrato il matrimonio. Anche le leggi della maggior parte degli Stati Uniti d'America richiedono, come accennai, (1) le pubblicazioni; ma in questo paese, come nell'Inghilterra, è così esteso l'impero che si riconosce alla regola *locus regit actum*, da non poter lasciar sorgere alcun dubbio circa la validità di un matrimonio contratto all'estero da sudditi senza farlo precedere dalle pubblicazioni nel paese cui appartengono.

473. — Ma anche nei paesi dove evvi una disposizione così precisa come quelle della Francia, dell'Italia e dell'Olanda, il diritto applicato dai Tribunali è diverso da quello risultante dalla legge, nè certo è da dolersene; solo è da deplorare che la soluzione intrinsicamente preferibile non abbia più stabile garanzia di quella d'una applicazione inesatta della legge. L'argomento su cui si appoggiano coloro che sostengono la validità di quei matrimonî ad onta delle prescrizioni dell'articolo 170 del Codice Civile francese può riassumersi così: (2) « La parola *purchè* non può avere il significato che le si presta; la condizione delle pubblicazioni costituisce una deroga alla norma *locus regit actum*, e le deroghe non possono essere estese arbitrariamente. Infine risulta dal testo della legge e dalle discussioni che la sua redazione ha sollevate, che il legislatore ha voluto conservare il più possibile ai francesi che si maritano all'estero la condizione che sarebbe loro fatta se il loro matrimonio fosse stato celebrato in Francia. Ora in quest'ultimo caso l'articolo 192 punisce la mancanza di pubblicazioni con un'ammenda inflitta all'Ufficiale dello Stato Civile ed alle parti. Per tali ragioni si può concludere che la regola dell'articolo 170 non ha altra sanzione all'infuori dell'ammenda incorsa dalle parti, e che la sua inosservanza non altera la validità del matrimonio ».

Tale giustificazione non è convincente, perchè la legge, nell'imporre quell'obbligo, non distingue e perchè la sanzione dell'obbligo delle pubblicazioni non deve necessariamente essere uguale per i matrimonî contratti all'estero che per quelli celebrati all'Interno; ma ora non dobbiamo discuterne la corrispondenza al diritto positivo francese, bensì considerarla come prevalente di fatto in Francia, tanto più che corrisponde appieno ai più retti principii del diritto internazionale. Nell'interpretare la legge francese pre-

(1) V. n. 460, 1.
(2) Weiss, pag. 654-5.

vale dunque in Francia l'opinione che la mancanza delle pubblicazioni non alteri la validità dei matrimonî contratti dai francesi all'estero; ma che questi ne siano viziati solo allorquando l'ommissione abbia avuto per iscopo di frodare la legge e di sottrarre il matrimonio alla conoscenza di qualche parte interessata. (1) I Tribunali francesi non si ritengono dunque obbligati a riconoscere il matrimonio dei francesi all'estero, cui non siansi fatte precedere le pubblicazioni in Francia, ma si reputano autorizzati ad annullarlo per le circostanze, da cui apparisca la frode della legge. (2) Così la Corte d'Appello di Parigi (3) pronunciò la nullità di un tale matrimonio, perchè vi ravvisò atto di clandestinità volontaria; (4) ed il tribunale di Villefranche (5) pronunciò avere il giudice in questi casi un potere discrezionale di decidere secondo le circostanze che precedettero e seguirono il matrimonio, e nel caso concreto « ammise come valido un matrimonio contratto da francesi, senza pubblicazioni in Francia, nello Stato di Nuova York » non ravvisandovi « alcun carattere di clandestinità e di mala fede, ed essendo stato quel matrimonio contratto secondo le leggi del paese e rivestito di tutta la pubblicità richiesta in quello Stato ». (6) Secondo una recente sentenza, quando manca il fatto della clan-

(1) Trib. Civ. de la Seine, 21 Giugno 1883, Bonné c. Aussagnel de Las Bordes, *Revue Critique*, 1884, nº 12, pag. 719-721. Opin. favorevole del Renault. C. di Parigi, 25 Giugno 1884, fra le stesse parti, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884 pag. 627, 28.

(2) *Rev. de Dr. Int.*, vol. IV, pag. 347-51. Bulletin de Iurisprudence int. par Clunet e sentenze citate.

(3) 28 Febbraio 1881, Houdenot c. Bertrand, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1881, pag. 364.

(4) V. anche Trib. della Senna, 12 Giugno 1879, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1879, pag. 486 e Corte d'Orleans, 14 aprile 1886, Cibeins c. Cibeins, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 334 e 9; critica della Redazione del *Journal*, pag. 339.

(5) 4 Luglio 1879, confermata dalla Corte d'Appello di Lione il 28 febbraio 1880, *Journal de Dr. Int. Privé.*, 1880, pag. 478-79.

(6) V. Trib. della Senna, 12 Gen. 1884, Kieffen c. de Fosseg e 10 Gennaio 1885 Gandin c. Hortala, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 88-90. V. anche per l'annullamento, Trib. Civ. della Senna, 6 Agosto 1886, Waten c. Faugeron; per il riconoscimento Corte d'Amiens, 22 Luglio, 1886, Collot c. Collot. Nel primo caso il figlio maritatosi a Nuova York aveva omesso anche gli atti rispettosi e non aveva partecipato in verun modo al padre il proprio matrimonio.

destinità, nemmeno lo scopo evidente, nei due coniugi maritatisi all'estero senza far procedere alle pubblicazioni in Francia, di eludere le prescrizioni della legge patria, basta a farne invalidare il matrimonio; ma a far respingere ogni eccezione posteriormente sollevata da loro o dai loro genitori basta il fatto che abbiano vissuto pubblicamente come coniugi e che la loro convivenza come marito e moglie non sia stata ignorata dai loro genitori. (1)

Per formarsi dunque un esatto criterio del diritto che vige di fatto attualmente in Francia rispetto a tale argomento, bisogna porre a riscontro la disposizione della legge coll'indirizzo della giurisprudenza: la prima imporrebbe senz'altro di tenere per invalido un matrimonio concluso all'estero senza farlo precedere dalle pubblicazioni in Francia: la giurisprudenza tende ad ammetterlo come valido, ma fa una riserva nel caso che vi apparisca dalla mancanza delle pubblicazioni la deliberata frode della legge o la clandestinità. Ed è appunto in ciò che si manifesta la poca logica di tale soluzione e la poca sicurezza che ne risulta. Dire che il matrimonio contratto in quelle condizioni è valido salve le riserve suenunciate, non è esatto, perchè quelle riserve si riferiscono a cause d'invalidità diverse dalla mancanza delle pubblicazioni. Infatti se si infirma il matrimonio, perchè la omissione di pubblicarlo ebbe per iscopo di evitare la domanda di consenso di cui spettava darlo, allora è la mancanza di tale consenso e non la mancanza delle pubblicazioni che ne produce il vizio originale; sicchè sarebbe più esatto il dire che la mancanza di pubblicazione non porta mai per se sola l'invalidità del matrimonio. Non resta se non la clandestinità che i magistrati francesi si riservano il diritto di ravvisare nel matrimonio così contratto, facendone una causa d'invalidità; ed anche in questo caso la giurisprudenza francese apparisce poco logica e coerente. Anzitutto se il matrimonio fu concluso in tutto secondo le forme locali, come conciliare tale taccia di clandestinità pronunciata in base alla legge francese, colla regola pur riconosciuta in Francia dello statuto territoriale delle forme? Se il matrimonio non fu pubblicato per tenerlo segreto e sfuggire al consenso degli ascendenti richiesto dalla legge francese, esso sarà annullabile non per clandestinità ma per insufficienza di

(1) Trib. Civ. della Senna, 29 Dic. 1886, Rouet c. Rouet, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 66-7.

validità intrinseca; e se invece nessun elemento di questa specie mancava secondo la legge francese, non è una contraddizione infirmarlo come clandestino perchè mancavano le pubblicazioni, mentre si riconosce come valido il matrimonio puramente consensuale contratto validamente all'estero, cioè viziato secondo le leggi francesi per quella mancanza di pubblicità nella sua formazione che basta appunto a caratterizzare un matrimonio contratto in Francia, come clandestino? Tali sono le conseguenze immancabili di quell'ibridismo giuridico che è, nei paesi di diritto codificato, la legislazione della giurisprudenza: il codice pone una regola da cui si deve dedurre l'invalidità di un atto compiuto all'estero in determinate circostanze; la giurisprudenza, conscia che il principio opposto sia preferibile, vuol correggere la legge, ma il testo imperativo di questa la costringe a riservare un certo numero di casi, in cui sia fatto luogo alla sua applicazione; però questa, abbandonata all'arbitrario apprezzamento della giurisprudenza, non può riuscire che incoerente, in disarmonia con altri principii del diritto positivo e della giurisprudenza stessa, e deve fornire necessariamente alle parti nei casi concreti pochissima sicurezza di condizioni e pochissime garanzie, nulla impedendole di riaffermare in determinati casi che il matrimonio di cittadini francesi all'estero non pubblicato in Francia possa perciò essere impugnabile anche se le altre circostanze non bastassero a costituire necessariamente il vizio della clandestinità. L'indirizzo seguito dalla giurisprudenza francese fu adottato anche da quella Belga senza maggiori giustificazioni e dall'italiana con un po' di maggior ragione in causa della forma dell'articolo 100, che offre un pretesto per essere interpretata, secondo quanto dice il Fiore, (1) come regolamentare; si ammette infatti che la multa di cui dispone l'articolo 123, come quella dell'articolo 192 del Codice Francese, si riferisca tanto ai matrimoni celebrati all'estero come a quelli contratti all'interno, non badando che l'estenderla all'ufficiale civile celebrante dimostra parlarvisi soltanto di questi ultimi; e si pronuncia pertanto senza riserva la validità di quei matrimoni. (2) Anche nella giurisprudenza belga prevale l'indirizzo, che porta a considerare tutto quanto si

(1) L. c. pag. 155.

(2) V. C. di Cass. di Napoli, 26 Giugno 1883. Romano c. Delphi. *Annali di Giurispr. It.*, 1884, pag. 64-66 e C. di Cassaz. di Roma, 21 Marzo

riferisce alle pubblicazioni come elemento puramente formale. (1) Ma non in tutti i paesi il diritto è così indulgente come in Inghilterra ed in America, o la giurisprudenza lo ridusse tale come in Francia ed in Italia: il contrario risulta per esempio dalla massima prevalente in Brasile, secondo la quale alle forme del matrimonio non si applica la regola *locus regit actum.* (2) Ecco come il riconoscimento di tale norma può suscitare conflitti anche per causa delle pubblicazioni, quando queste in un paese siano prescritte e nell'altro non lo siano; e come le eccezioni al suo riconoscimento fatte a proposito delle pubblicazioni possono almeno suscitare la possibilità dei conflitti.

474. — Un altro dubbio può sorgere dall'obbligo della trascrizione. L'articolo 171 del Codice Civile francese ha la disposizione « entro i tre mesi dal ritorno di un francese nel territorio, l'atto di celebrazione del matrimonio contratto in paese estero, sarà trascritto sul registro pubblico dei matrimonî del luogo del suo domicilio »; corrispondente a quella dell'articolo 101 del Codice Italiano: « Il cittadino che ha contratto matrimonio in paese estero deve, nei tre mesi del suo ritorno nel regno, farlo iscrivere nei registri dello Stato Civile del comune, dove avrà fissata la sua residenza, sotto pena di una multa estendibile a lire 100 ».

Più imperativa è la regola stabilita dal diritto spagnuolo: (3) « I matrimonî contratti all'estero da due spagnuoli o da uno spa-

1885, Legge 1885, pag. 5-7. Quest'ultima però resa a tenore delle Leggi Civili Napoletane del 1819, che non riproducevano l'articolo 170 del Codice Francese.

(1) C. di Bruxelles 12 Luglio 1871. Pasicrisie, 1871, vol. II, pag. 433. Trattavasi di due sposi maggiorenni ed indipendenti, i quali avrebbero potuto unirsi in Belgio senza offendere le leggi del paese, ed avevano preferito far celebrare la loro unione in Inghilterra per porre un termine nel modo più discreto possibile ad una situazione da molto tempo irregolare o per liberarsi dalle lentezze inseparabili dalla celebrazione del loro matrimonio in Belgio. Poichè in questo caso la mancanza delle pubblicazioni non aveva avuto per iscopo di eludere le proibizioni della legge bèlga, o di prevenire gli ostacoli ai quali un pubblico annuncio del matrimonio avesse potuto dar luogo, la Corte non trovò motivo sufficiente per ritenere invalido il matrimonio. — V. Circulaire du ministre des affaires étrangères. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 53.

(2) Garnier, l. c., pag. 237.

(3) Art. 42 della legge del matrimonio civile e art. 2 del Decret. del 19 febbraio, 1875.

gnuolo che voglia conservare la sua nazionalità ed uno straniero, devono, entro quindici giorni dalla celebrazione, essere trascritti nel registro civile della legazione o del consolato spagnuolo del luogo dove fu contratto il matrimonio, od in mancanza di tale legazione o consolato in quel luogo, nel registro civile della legazione o del consolato spagnuolo più vicino ». A questi (1) incombe di far pervenire in Ispagna il certificato di matrimonio alla Direzione generale perchè lo consegni al rispettivo giudice municipale o lo conservi nel proprio registro nel caso che non sia noto il domicilio degli sposi in Ispagna. Il Codice Portoghese, in questa parte più analogo che lo spagnuolo al Codice francese, dispone invece: (2) « Il suddito portoghese che ha contratto matrimonio all'estero, deve entro tre mesi dal suo ritorno in territorio portoghese, farlo trascrivere nel registro civile del suo domicilio ed a tale scopo presentare all' ufficio competente un certificato autentico da cui risulti che il matrimonio fu legalmente contratto ». Più rigoroso di tutti è il Codice di Hayti (3) secondo il quale l'atto non potrà produrre verun effetto prima d'essere stato registrato all' Ufficio dello Stato Civile.

Di fronte a tale norma legislativa riprodotta con diversa intensità di sanzioni in tutte le leggi citate, tre soluzioni possono presentarsi alla mente nel caso di mancata trascrizione: o si dovrà ritenere il matrimonio valido per quanto riguarda i coniugi, ma non opponibile ai terzi, sicchè la moglie non abbia bisogno dell'autorizzazione maritale per obbligarsi ed i figli non possano succedere come legittimi ai beni dei loro genitori situati in patria in confronto degli altri parenti; o si dovrà riservare questo rigore per quei soli casi nei quali la mancanza della trascrizione costituisca da parte dei coniugi una colpa lata, cioè quando il loro matrimonio non abbia ricevuto nel loro paese verun'altra pubblicità e che i terzi siansi trovati pertanto nell'impossibilità di conoscerlo: o finalmente si dovrà negare al matrimonio non trascritto qualunque effetto giuridico.

Tale interpretazione non è autorizzata che dal solo Codice haytiano, ma non dagli altri. Il Codice Italiano, comminando un'ammenda a chi omette la trascrizione, indica che a quella si limita

(1) Art. 70 della stessa legge.
(2) Articolo 2479. — (3) Articolo 157.

la sanzione dell' obbligo da esso imposto; il Codice Francese all'articolo 171 non fa della trascrizione, come delle pubblicazioni all'articolo 170, una condizione della validità; e risulta inoltre dalla discussione dell'articolo 171 fatta al consiglio di Stato che l'ammenda da lire 100 a lire 1000 era stata proposta quando il Réal fece osservare « che la disposizione penale non appartiene al Codice Civile, ma ha il suo posto naturale nel Codice Penale dove si trova ». Ma il Réal nell'affermare l'esistenza di tale penalità s'ingannava, e fu per causa di tale errore che mancò all'articolo 171 una clausola penale che meglio lo caratterizzi. (1) Tali particolari sulla discussione dell'articolo non sarebbero certo sufficienti ad alterarne la sostanza, ma questa è tale da dare all' articolo 170 del Codice Francese un carattere del tutto diverso da quello dell'articolo 157 del Codice Italiano.

Lo stesso si può dire del Codice Portoghese, e rispetto al diritto spagnuolo un'eguale conseguenza deriva evidentemente dalla clausola relativa alla conservazione della nazionalità: la sola sanzione dell'obbligo di trascrivere il matrimonio è questa: che quando lo spagnuolo o la spagnuola abbia sposato all'estero una straniera od uno straniero, la mancanza di trascrizione del matrimonio nei registri del Consolato o dell'Ambasciata Spagnuola viene interpretata nel loro paese come una rinuncia alla cittadinanza originaria. La giurisprudenza francese è pure concorde su questo punto della validità del matrimonio non trascritto: (2) validità che non è punto diminuita dalle misure che si possono prendere per salvaguardare i terzi dai danni che potrebbero patire per colpa di tale ommissione da parte dei coniugi.

475. — Uno dei caratteri che presenta la regola *locus regit actum* nel suo riconoscimento internazionale può formularsi così: che ben sovente, quando trattasi di atti compiuti da un individuo o da più connazionali fuori del proprio territorio, quella regola sia riconosciuta come obbligatoria nei riguardi dei due Stati, mentre è ritenuta facoltativa nei riguardi delle parti. Applicando tale alternatività al caso del matrimonio, si avrebbe la conseguenza che, dato il matrimonio di due individui in paese straniero secondo le forme locali, il paese a cui essi appartengono si debba ritenere

(1) Verger, pag. 90 e 91.
(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 627-628.

obbligato a riconoscere la validità della loro unione per quanto riguarda la forma, mentre se in quel caso i due coniugi preferiscono di maritarsi secondo le forme del paese a cui essi appartengono, il loro paese ed anche lo Stato dove segue il matrimonio, dovrebbero riconoscerne egualmente la validità appunto in omaggio al concetto che quella regola *locus regit actum* sia obbligatoria per gli Stati, ma facoltativa per gli individui.

Così risolveva la questione il Savigny (1) quando chiestosi; « L'osservanza della forma in uso nel luogo dell'atto è essa incondizionatamente necessaria, o è soltanto facoltativa così che la persona che lo fa, abbia la scelta fra l'osservanza di quella forma e quella del luogo a cui l'atto giuridico propriamente appartiene? », rispondeva: « Se consideriamo tale regola come una misura di favore e di assistenza, non possiamo esitare a ritenerla meramente facoltativa, e perciò a permettere l'elezione. Ciò è anche generalmente riconosciuto.... Se dunque abitanti di un paese dove la cerimonia ecclesiastica è richiesta, contraggono matrimonio in un paese dove è prescritta una forma giuridica e non una cerimonia religiosa, e vi si maritano nella forma religiosa senza osservare la forma giuridica del paese, il matrimonio è valido perchè essi hanno usata la forma del loro paese cioè della sede naturale e permanente del matrimonio ».

Ma l'accordo intorno a tale eccezione alla regola normale, non è più unanime dell'accordo intorno all'ammissione della regola stessa, sicchè avviene che possano darsi conflitti dipendenti da divergenza di criterii rispetto ai limiti di tale regola, come se ne possono dare per divergenze di criterii circa la sua ammissione.

Tale caso può assumere varii aspetti a seconda del diverso modo di matrimonio usato nel territorio a cui i coniugi appartengono; se questo è paese di matrimonio consensuale, v'è luogo ad esaminare la facoltà delle parti che vi appartengono di maritarsi con perfetta autonomia di forme dove è richiesta una forma solenne; se è paese di matrimonio religioso v'è luogo ad esaminare il valore di tale forma di matrimonio quando questo sia contratto da sudditi di quel paese, dove si richieda la forma civile, o in una chiesa qualunque od in una cappella d'ambasciata; o finalmente trattasi di un paese dove è obbligatorio il matrimonio civile ed allora l'ec-

(1) L. c., § 381.

cezione della regola *locus regit actum* non può applicarsi ai suoi sudditi all'estero se non sotto la forma del matrimonio diplomatico o consolare.

Il Savigny ricorda una sentenza del tribunale supremo di Dresda, riportata poi anche dal Von Bar, (1) che dichiarò valido il matrimonio contratto da due sudditi sassoni in Belgio senza osservare la legge belga circa l'osservanza della forma civile, in un tempo in cui questa non era ancora obbligatoria in Sassonia; ritenendo doversi riconoscere in generale la legge locale come competente a regolare le forme, ma doversi anche ammettere eccezionalmente che un matrimonio fra sudditi sassoni contratto all'estero in una forma valida in Sassonia debba ritenersi come valido in questo paese. Il Laurent (2) si propone lo stesso quesito domandandosi se il matrimonio di due francesi all'estero debba ritenersi nullo in Francia quando sia nullo secondo la legge straniera per un vizio di forma; e risponde negativamente in tutti quei casi in cui non si trattasse di un vizio di forma anche secondo la legge francese, sicchè ne può derivare il caso di un matrimonio di francesi in Inghilterra nullo secondo le leggi di quest' ultimo paese e valido in Francia.

476. — Ma tale caso di matrimonî non celebrati nè alle ambasciate nè ai consolati, eppure riconosciuti come validi nel paese a cui appartengono i coniugi, quantunque non siano state osservate le forme imposte dalle leggi locali, si verificano più sovente quando si tratti di coniugi appartenenti a paesi che hanno mantenuto il matrimonio religioso di fronte a paesi di matrimonio civile, od a paesi di matrimonio consensuale di fronte agli uni ed agli altri. Infatti in questi ultimi è possibile di riconoscere eccezione alla regola *locus regit actum* non solo nel caso non tanto facile che si siano seguite le forme locali incompletamente, ma tanto che basti a soddisfare le esigenze formali della legge personale, ma anche nel caso facilissimo a verificarsi che uniformandosi alla legge personale si sia omessa del tutto qualunque forma solenne. Trovansi bensì nella giurisprudenza americana esempii dai quali apparisce una tendenza ad ammettere la necessità delle forme straniere, ma contemporaneamente vi si professa una dottrina che si collega coll'in-

(1) Das Internat. Priv. und Strafrecht, § 91. pag. 326.
(2) Op. cit., vol. IV, pag. 496-7.

dagine della sostanza di queste leggi, e che giunge allo stesso risultato della personalità delle forme con conseguenze ancora peggiori.

Il 6 Marzo 1883 la Corte d'Appello di Nuova York pronunciò una sentenza nella quale tali due dottrine appariscono insieme. (1) Trattavasi della successione ai beni immobili lasciati da un certo Hynes nello Stato di Nuova York, alla quale pretendevano i figli avuti da quello in Europa. Ma quei figli erano in condizioni eccezionali. Hynes, cittadino americano era andato in Europa e nel 1871 aveva stretto intimi rapporti con una Saunders inglese cui egli diede nel corso dello stesso anno un anello dicendosi disposto a considerarla propria moglie come se si fossero sposati in una Chiesa. Fino alla morte della Hynes avvenuta nel 1874 essi vissero insieme come marito e moglie sempre in Inghilterra, ad eccezione di un certo periodo di tempo passato da loro a Parigi dove pure la donna fu presentata dal suo compagno come moglie ai conoscenti di lui, fra i quali si citava un tale Pargo di San Francisco di California che li vide insieme ad una tavola d'albergo e fu presentato dall'amico suo alla *moglie* di questo. La qualità di figli legittimi era contestata ai figli nati da tale unione davanti ai giudici di Nuova York, perchè il *British Marriage Act* prescrive che il matrimonio sia celebrato in pubblico, annullando espressamente ogni matrimonio non celebrato in Chiesa o davanti al *registrar*; e veruna prova era adotta di un matrimonio celebrato, posteriormente alla loro unione di fatto, secondo le leggi inglesi. Anzi, si aggiungeva, tutti i fatti conosciuti facevano presumere che un tale matrimonio non avesse avuto luogo, e d'altronde non veniva presentata veruna registrazione di un matrimonio avvenuto fra le parti, mentre secondo il diritto inglese ogni matrimonio deve essere registrato. Ora tale argomento non fu respinto dal giurì e dalla Corte: anzi il giudice Andrews nell'esporre il processo confessò che, se la sorte del matrimonio dipendesse dalla dimostrazione dell'esistenza d'un matrimonio conforme alla legge inglese, gli attori non avrebbero potuto riuscire; ammise che non si dovrebbe senza esitanza ammetterne la validità secondo la legge del domicilio, nemmeno se le due parti fossero state entrambe americane; e negò assolutamente l'applicabilità della legge americana essendo una delle parti inglese.

(1) *Albany Law Journal*, 1883, pag. 249.

477. — Ma ciononostante si trovò modo di riconoscere come legittimi i figli lasciati dallo Hynes: questo e la sua compagna avevano passato qualche tempo in Francia e vi avevano coabitato quali marito e moglie come aveano fatto in Inghilterra; nessuna prova diretta si aveva dello scambio del consenso avvenuto in Francia; ma la coabitazione faceva presumere che tale scambio vi fosse avvenuto, e mancando una prova in giudizio che la legge francese fosse a tale riguardo simile alla legge inglese, il magistrato americano poteva presumerla identica a quella di Nuova York. Ora tale soluzione si presenta come ancor più pericolosa di quella che attribuisce le forme allo Statuto personale; in questo caso infatti il principio della superfluità di forme solenni sarebbe applicato alle sole unioni fra Americani in Europa; in quello invece lo si applicherebbe anche alle unioni contratte fra europei nel loro paese per gli effetti che potrebbero produrre in America. E tale è l'applicazione che ne fece la Corte Suprema di Washington acerbamente criticata dal Laurent. (1) Una giovane francese di nome Giovanna Leard, domestica presso un bottaio dei Bassi Pirenei, ebbe relazioni illecite col figlio di questo, e ne rimase incinta. Il padre essendosi opposto al matrimonio, questo non fu celebrato. Ciononostante il figlio che ne nacque venne battezzato come legittimo e portò per tutta la vita il nome del padre. La madre nel 1801 abbandonò il figlio ed il compagno e nel 1806 passò con altro compagno a Nuova York, dove lo sposò, e dove più tardi fece venire il figlio facendolo credere un nipote; venuta poi a morte lasciando una vistosa fortuna e senza aver fatto testamento, il figlio pretese all'eredità; i parenti della madre gli contestarono come a figlio naturale la qualità d'erede universale; ma i tribunali americani riconobbero il figlio come legittimo, e come tale fu immesso in possessione dei beni. La Corte Suprema di Washington, nel riconoscere come legittimo il matrimonio onde era nato quell'erede, partiva necessariamente da una presunzione d'identità di legge eguale a quella espressa nella sentenza citata della Corte di Nuova York. Infatti i due pretesi coniugi non erano sudditi degli Stati Uniti, uno di loro non era mai stato nel territorio americano: la prevalenza del diritto americano non poteva adunque in verun modo invocarsi a provare la validità

(1) Laurent. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1874, pag. 214. *Dr. Civ. Int.*, vol. V, pag. 39-46.

del matrimonio contratto in Francia, non poteva sostenersi che il diritto americano dovesse regolarlo in forza della competenza generale della legge del domicilio, ma lo si invocava come indizio di quali forme si dovessero presumere richieste dalla legge francese. Da tale giurisprudenza risulta la possibilità di due specie di conflitti. Due persone appartenenti ad un paese dove è obbligatorio il matrimonio pubblico e solenne si uniscono in una forma, sia pure costante nelle sue conseguenze, di concubinato, oppure tale unione avviene fra una persona appartenente ad un paese dove è obbligatorio il matrimonio solenne ed una appartenente ad un altro dove basta il matrimonio consensuale: se gli effetti di quest'unione vengono pareggiati agli effetti di un valido matrimonio dai magistrati di un paese dove basti il matrimonio consensuale e dove quei coniugi si rechino o posseggano proprietà; è evidente che tale giudizio non potrà mai essere riconosciuto nel paese, cui essi od uno di essi appartiene o dove avvenne l'unione illecita secondo la legge territoriale e non posteriormente convalidata. Oppure due persone appartenenti allo stesso paese dove è sufficiente il matrimonio consensuale, si maritano senza forme solenni in un paese dove tali forme solenni sono obbligatorie, ed in tal caso nella loro patria si potrà invocare il carattere facoltativo della regola *locus regit actum* per ritenere valido il loro matrimonio. Ma questa validità sarà riconosciuta anche nel paese dove si pretende sia avvenuto il matrimonio? Io credo che, quando non esistano esplicite disposizioni di legge o clausole di trattati che lo ammettano, si possa ritenere che in veruno Stato dove esiste l'obbligo di un matrimonio solenne, sia ritenuto valido quel matrimonio.

478. — Lo stesso può dirsi dei matrimonî religiosi conclusi da stranieri a cui basti tale forma di celebrazione secondo la legge patria in paesi dove il matrimonio civile è obbligatorio. Le riserve della Russia e dell'Ungheria che non ritengono sufficiente il matrimonio civile celebrato dai loro sudditi all'estero se non è seguito da quello religioso, dimostrano che quest'ultimo vi è riconosciuto come sufficiente anche se non accompagnato dal primo, quantunque questo sia obbligatorio e sufficiente secondo le leggi del luogo di celebrazione. Ed il Codice Argentino (1) che pur non esige una forma diversa da quella territoriale nei matrimoni celebrati

(1) Articolo 164.

all'estero anche fra Argentini, riconosce però come valido qualunque matrimonio celebrato all'estero secondo i riti della religione cattolica anche se quella unione fosse destituita d'ogni valore nel paese dove fu in tal guisa celebrata. (1)

La soluzione contraria alla validità di tali matrimonî risulta, nel paese dove furono celebrati, da tutto quanto abbiamo esposto rispetto al contenuto ed alla tendenza del diritto internazionale privato rispetto al matrimonio. Non manca in Italia chi sostiene che, per applicazione dell'articolo 9 del titolo preliminare circa l'indole facoltativa dello statuto delle forme, vi si dovrebbe riconoscere la validità del matrimonio puramente religioso contrattovi da due stranieri connazionali cui la legge patria lo imponga o lo consenta, (2) ma gli argomenti adotti in favore di questa tesi sono piuttosto speciosi che persuasivi. Il Fiore (3) li combatte negando che trattisi di una pura questione di forma, e sostenendo invece che si tratta d'una questione di competenza attribuita in un paese all'autorità civile piuttostochè a quella religiosa. In realtà parmi che il matrimonio religioso celebrato in Italia in quelle condizioni non si possa riconoscere, ma non già perchè il carattere civile o religioso del matrimonio non sia una questione di forma. La competenza dell'ufficiale civile o religioso non è l'elemento principale ma la conseguenza necessaria della specie di forma adottata in un dato paese, a quella guisa che la competenza delle parti o di un pubblico ufficiale a redigere un contratto, dipende dal carattere pubblico e solenne o privato che i singoli Stati hanno creduto di dare alla forma di quella convenzione. Ora come non si offende la sovranità di uno Stato quando si ammette che due stranieri vi facciano in forma privata, se la loro legge lo consente, un atto che in quel paese dovrebbe farsi per atto pubblico, derogando così alla competenza che tale carattere dell'atto attribuisce normalmente in quel paese agli ufficiali pubblici, così essa non resta necessariamente offesa perciò solo che due stranieri, maritandosi secondo la forma patria diversa da quella territoriale, derogano così ne-

(1) Daireaux, De la condit. légale des étrangers dans la République Argentine. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 291-3.

(2) Filomusi Guelfi e Foro Italiano, 1887, pag. 1190.

(3) Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation Italienne, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 302.

cessariamente alla competenza conseguente dei pubblici ufficiali del territorio circa la celebrazione del matrimonio. Fa d'uopo considerare che quest'ultimo è, nello spirito di tutte le leggi non meno che secondo l'opinione di tutti i giuristi, un contratto *sui generis* e che la funzione del matrimonio nella società civile interessa interamente lo Stato anche alla forma della sua celebrazione. Gli Stati che lo riconoscono come contratto solenne danno infatti un'importanza di ordine pubblico alla forma della sua celebrazione; l'atto del matrimonio nasce nel territorio, le istituzioni giuridiche dello Stato vi presiedono e ne fanno fede, le autorità e le garanzie dello Stato gli servono di presidio; ora, se v'è questione d'ordine pubblico in una società che vuol così regolata, protetta e controllata l'origine della famiglia, è che tale origine non possa essere nell'ambito di quella società diversa da quella preordinata dalla legge. Avviene qualche cosa di simile a quanto si verifica per la trasmissione delle proprietà immobiliari, rispetto alle quali l'indole facoltativa delle forme delle convenzioni scomparisce ogniqualvolta si tratti di formalità prescritte dallo Stato dove l'immobile si trova per assicurare il regime economico e la sicurezza dei diritti sulle cose.

Appunto perchè così connessa coll'ordine pubblico è la forma adottata in uno Stato per il matrimonio; non si può sottintendere una deroga a quelle norme come ad ogni altra d'ordine pubblico, quando essa non risulti esplicitamente dalla lettera della legge o dei trattati; e per quello stesso motivo per cui un matrimonio non solenne d'Italiani in America dovrebbe essere riconosciuto come valido in Italia, dovrebbe pure ritenersi nullo il matrimonio consensuale di due Americani in Italia, quando non risultasse come concluso più tardi dal fatto del loro ritorno in America, nel qual caso gli effetti dell'unione coniugale daterebbero rispetto all'Italia dal giorno del loro rimpatrio. In tali casi il carattere facoltativo della regola *locus regit actum* può essere molto più facilmente ammesso dal paese al quale i coniugi appartenevano che da quello dove essi si sono uniti; ma perchè ogni conflitto sia evitato bisogna fare voti o per la ammissione generale dell'eccezione o per la ammissione generale della regola assoluta o per l'uniforme regolamento dell'eccezione alla regola stessa sulla base del matrimonio consolare, la qual'ultima soluzione mi parrebbe più opportuna d'ogni altra. Senza una delimitazione uniforme delle sfere

di competenza ed una qualche rinuncia di prerogative, è impossibile diminuire il numero e l'intensità dei conflitti; ed una di tali rinuncie dev'essere quella della facoltà di contrarre matrimonî consensuali nei paesi di matrimonio solenne fatta ai proprii sudditi da paesi che ammettono il primo, e della facoltà di contrarre il solo matrimonio religioso in paesi dove è obbligatorio quello civile in tutti quei casi in cui quello non sia celebrato, nelle forme convenzionalmente stabilite, nelle ambasciate o nei consolati.

Sopra una base diversa l'accordo mi pare impossibile, poichè l'ammettere, senza i limiti ed i controlli della celebrazione avvenuta sotto la tutela di una autorità determinata, i matrimonî consensuali nei paesi di matrimonio solenne e quelli religiosi nei paesi di matrimonio civile, mi parrebbe, da parte dello Stato che dovrebbe rispettivamente riconoscerne la conclusione autonoma e gli effetti nel proprio territorio, una soverchia rinuncia ai proprii diritti di sovranità. Il Weiss investigando le validità dei matrimonî religiosi e consensuali celebrati da stranieri (cui l'una o l'altra maniera basti secondo la legge nazionale) in un paese dove sia obbligatorio il matrimonio civile, fa tra l'una e l'altra di quelle forme una distinzione il cui fondamento giuridico e razionale, a dir vero, mi sfugge. « Le caractère facultatif, egli dice, (1) que nous avons attribué à cette règle, nous conduit de même à valider le mariage contracté par deux étrangers en France dans les formes prescrites par la loi personelle pourvu que l'observation de ces formes ne trouve aucun obstacle dans l'ordre pubblic international. Rien suivant nous ne s'oppose à ce que deux sujets americaines, domiciliés aux États Units se marient en France *solo consensu*. Mais notre solution sera differente si la loi personelle des conjuges voit dans le mariage un contrat religieux et attribue la compétence pour le celebrer à la seule autorité ecclesiastique. Deux sujets serbes ne sauraient être admis chez nous à faire benir leur mariage par le prêtre orthodoxe avant qu'il n'ait reçu la consécration d'un agent du pouvoir civil, parce que l'intervention anticipée de ce prêtre est condamnée par la loi penale, et est par consequent contraire en France à l'ordre public international ».

Lasciando stare *l'ordre public international*, che sarebbe in questo caso puramente *ordre public français*, mi pare che il

(1) L. c., pag. 662-3.

ragionamento del Weiss nella sua seconda parte dovrebbe condurre alla modificazione della prima. Infatti se è d'ordine pubblico in un paese la forma solenne del matrimonio, se è d'ordine pubblico quella speciale forma solenne prescritta dalla legge, così da escludere qualunque altra forma pure solenne, a più forte ragione ne risulterà esclusa la possibilità di concludere in quel paese valido matrimonio dispensandosi dall'uso di qualunque forma. Sicchè concludendo io credo che, data l'ammissione come obbligatoria di una forma solenne del matrimonio e data pure la mancanza di speciali deroghe di legge o di trattati; quella forma è imperativa per tutti coloro che si maritano in quel territorio, in modo da escludere dai paesi che preferiscono il matrimonio religioso qualunque matrimonio consensuale, e dai paesi che preferiscono il matrimonio civile qualunque matrimonio così consensuale come religioso; il fare una distinzione fra queste due ultime forme nel secondo caso, ammettendo la prima e riprovando la seconda, non potrebbe essere se non la conseguenza di quel pregiudizio antireligioso che, come dice lo Spencer, non è inferiore al pregiudizio teologico nel far perdere sovente la serenità del giudizio.

479. — Parlando di disaccordi che possono manifestarsi circa l'ammissione di tale eccezione alla regola *locus regit actum*, non ho accennato finora ai matrimoni civili celebrati da individui cui la propria legge li imponga o in paesi di matrimonio religioso od in altro paese dove pur esista il matrimonio civile, ma in altre condizioni di celebrazione da quelle previste dalle leggi locali; e parlando del matrimonio religioso, ho riferito soltanto il discorso a quello celebrato, in territorio dove non sia obbligatorio, da quelle autorità ecclesiastiche che sarebbero competenti secondo le leggi del paese che lo dichiara obbligatorio.

Infatti nel caso di questo modo di matrimonio religioso e del matrimonio consensuale, la celebrazione in linea di fatto può avvenire in territorio estero con maggior autonomia delle parti ed in qualunque luogo loro piaccia di contrarlo; dovunque le parti sono nella materiale possibilità di scambiarsi i consensi; dovunque possono rivolgersi al proprio parroco o comechesia ad un ministro del proprio culto perchè celebri la loro unione. Invece per il matrimonio civile celebrato fuori del proprio paese non davanti alle autorità locali, la cosa è diversa anche dal punto stesso di vista della possibilità materiale di contrarlo; uno Stato non ha dovunque

all'estero ufficiali dello Stato Civile, mentre in quella vece molte religioni hanno dovunque ministri del proprio culto; sicchè il matrimonio civile fuori del proprio paese non può materialmente essere celebrato che nella sede dell'Ambasciata o dei Consolati di quello e per opera di quelle determinate persone dallo Stato costituite in quelli uffici. In tal caso avvenendo il matrimonio, c'è sempre egualmente un'eccezione alla regola *locus regit actum*, ma l'eccezione è d'indole diversa da quella riscontrata nei casi antecedenti, poichè il matrimonio non può avvenire se non in luoghi determinati e per opera e sotto il controllo di persone determinate rivestite di carattere pubblico dallo Stato stesso alle cui forme di matrimonio si vuol ricorrere.

Quando avvenga uno di tali matrimoni non si ha più soltanto un rapporto fra uno Stato che prescrive certe forme e determinati individui stranieri che non le osservano, ma fra due Stati che, tanto più facilmente possono accordarsi, quanto più possono darsi reciproche garanzie circa i limiti ed il controllo delle rispettive concessioni. E tale carattere riveste anche il matrimonio religioso celebrato nella cappella di una Ambasciata o di un Consolato; sicchè quando si parla dei cosidetti matrimoni consolari, s'intende designare colla stessa denominazione tanto quelli quanto i civili; badando come a loro carattere distintivo al fatto della loro celebrazione nella sede e sotto il controllo di un'autorità del paese cui i coniugi appartengono od alle leggi del quale i coniugi si rivolgono. Ma fra i matrimoni diplomatici e consolari conviene distinguere quelli che si compiono nei paesi non cristiani, da quelli che hanno luogo nei paesi cristiani.

480. — Il motivo per cui vengono ammessi i primi da tutti gli Stati Civili per i proprii sudditi che si trovano in Oriente, è d'indole diversa da quella di una semplice eccezione di favore alla regola *locus regit actum* circa le forme del matrimonio, ma si collega piuttosto a tutta una serie di privilegi che quegli Stati reclamano per i proprii sudditi nei paesi non cristiani. Lo svolgersi di quei privilegi, originariamente concessi dalle capitolazioni, nella forma più precisa e diffusa dei trattati attualmente in vigore fra gli Stati civili d'Europa e d'America e gli Stati Mussulmani e quelli dell'estremo Oriente, procurò ai sudditi dei primi nei territori dei secondi una condizione privilegiata risultante in parte da esplicite disposizioni di trattati ed in parte da una consuetudine lungamente consolidatasi.

Perciò gli Europei negli Stati Mussulmani e nell'estremo Oriente sono maggiormente sottoposti alla giurisdizione civile e penale delle proprie autorità consolari che non a quelle delle autorità locali; ogni azione di queste ultime rispetto a loro è controllata, anche quando si tratti di litigi fra europei ed indigeni, ed è eliminata del tutto quando si tratti di contese fra connazionali.

La prevalenza per la forma del matrimonio delle leggi, e per la sua celebrazione delle autorità dipendenti dal governo del loro paese, risulta dunque per gli europei e per gli americani in quei territorii come una necessaria conseguenza dei privilegi molteplici di cui godono; sottoposti come sono per tanti rispetti alla legge ed alle autorità della loro patria, nessun motivo si presenterebbe allo Stato che li ospita per non sottoporveli anche nei riguardi del matrimonio. E ciò tanto più facilmente avviene per effetto dell'ordinamento del tutto confessionale che hanno conservato soprattutto le società maomettane; sicchè gli stranieri sono sottratti in quei paesi all'azione delle autorità politiche e religiose costituite dal governo o dalla setta dominante, prima ancora come individui ascritti a religione diversa da quella prevalente nel territorio, che come stranieri; ed a quello stesso titolo che i matrimonî degl'individui stessi sudditi del paese, ma appartenenti a religione diversa da quella che vi predomina, hanno il loro matrimonio regolato dalle forme prescritte dalle proprie leggi religiose.

Per questa stessa ragione nella massima parte dei casi sono evitati i conflitti anche se avvenga che uno solo dei coniugi appartenga alla nazione europea ed uno sia indigeno: ogniqualvolta cioè quest'ultimo non differisca per religione dall'europeo; ma nel caso più frequente di matrimonio celebrato all'Ambasciata ed al Consolato fra due Europei, nessun conflitto può mai derivarne circa la validità fra la legge dei coniugi o del console e la legge territoriale.

481. — È diverso il caso del riconoscimento del matrimonio diplomatico e consolare nei rapporti fra paesi cristiani. « Rien de plus régulier et de plus légal » dice il Verger. (1) « Cette compétence ne fait point brèche à la maxime *locus regit actum* puisque l'acte passé dans le consulat est censé passé dans le territoire français lui même. C'est le cas d'appliquer ici le mot du primier

(1) L. c., pag. 49.

consul dont nous verrons plus loin l'origine: « où est le drapeau, là est la France ». Citazione molto marziale, ma argomento assai inesatto. Anche senza voler soffermarci sulla insussistenza della così detta finzione di estraterritorialità, giova notare che essa non si estenderebbe in ogni caso dagli agenti diplomatici a quelli consolari, e se pure quel privilegio corrispondesse nella sua efficacia giuridica al suo significato etimologico, e si estendesse tanto agli ufficiali dell'una come a quelli dell'altra specie, non potrebbe aver mai il valore di trasportare giuridicamente nella patria di quelli tutte le persone introdotte e tutti gli atti compiuti nella loro abitazione; se così si intendesse nei riguardi del matrimonio, non so per qual motivo non si potrebbe ammettere poi e riconoscere a profitto di quelli anche il diritto di asilo. Così rettamente argomentava il tribunale della Senna il 2 Luglio 1872, giudicando che il palazzo d'un'Ambasciata di potenza straniera non possa essere considerato come territorio dipendente da quella potenza se non in riguardo delle immunità diplomatiche. La soluzione diversa non poteva aver luogo se non quando i privilegi degli Ambasciatori si estendevano tanto da comprendere effettivamente anche il diritto di asilo, ma allora nessuna pretesa si accampava a concludere quei matrimonî, e mancava il substratto a quell'applicazione speciale d'una regola così largamente ammessa.

I matrimonî diplomatici e consolari non compaiono fra i popoli civili che più tardi, in un tempo relativamente molto recente, e non già come conseguenza di un privilegio di estraterritorialità dell'autorità celebrante, ma bensì come riconoscimento da parte di uno Stato a favore dei proprii sudditi all'estero del carattere facoltativo della regola *locus regit actum* e come indicazione della sola propria autorità esistente in paese straniero atta a rendere possibile a quei sudditi maritantisi all'estero l'opzione fra la legge nazionale e la legge straniera. Mentre rispetto agli altri atti giuridici l'osservanza dell'una o dell'altra forma è lasciata all'opzione delle parti, rispetto al matrimonio l'intervento del console rappresenta non solo in molti casi la condizione necessaria perchè i coniugi possano seguire la legge patria, ma in tutti i casi la garanzia necessaria perchè lo Stato dove il matrimonio avviene possa ammettere che si segua una forma diversa dalla propria. Ed è appunto perciò che, a mio parere, quando uno Stato che adottò il matrimonio civile ammise a favore dei sudditi d'un'altra nazione

il matrimonio consolare, nessun motivo può trattenerlo dal riconoscere l'unione religiosa celebrata all'Ambasciata od al Consolato loro da un sacerdote che vi sia addetto; poichè il luogo dove avvenne l'unione ed il controllo dell'ufficio consolare al quale era addetto quel sacerdote, gli forniscono tutte quelle garanzie sotto le quali esso si dichiarò disposto ad ammettere per coniugi stranieri l'osservanza di forme diverse da quelle istituite nel suo territorio. (1) Il Twiss (2) cita il parlamento inglese come il primo che sia entrato in questa via nel 1849 col Consular Marriage Act; (12 e 13 Vict. C. 68); ma ciò non è esatto; fu al contrario il diritto francese che iniziò tale specie di matrimoni nel 1803. Questi infatti, come già notai, dovevano essere una figliazione necessaria della proclamazione in alcuni Stati del matrimonio civile; sotto il regime del matrimonio religioso l'eccezione alla regola *locus regit actum* poteva esplicarsi per opera delle parti ricercando, dovunque l'avessero trovato, un ministro della loro religione; sotto il regime del matrimonio civile invece, trasferito il diritto di celebrare il matrimonio ad una autorità dello Stato, la pratica di quell'eccezione diventava impossibile se lo Stato non pensava ad istituire quelle autorità anche in paese straniero; era lo stesso principio del carattere facoltativo della territorialità delle forme riconosciuto da uno Stato a favore dei proprii cittadini; ma quel principio, rispetto agli Stati che avevano adottato il matrimonio civile obbligatorio, non poteva assumere altra forma che quella del matrimonio diplomatico o consolare.

482. — La forma normale e più corrispondente al motivo della loro origine, sotto la quale tali matrimoni si presentano, è quella della loro ammissione da parte di uno Stato quando entrambi i fidanzati che si rivolgono ai suoi agenti diplomatici o consolari sono suoi sudditi; in tal caso non si potrà verificare un conflitto se non nel caso, che lo Stato dove avviene il matrimonio neghi assolutamente anche rispetto agli stranieri il carattere facoltativo della regola *locus regit actum* e non riconosca a veruna autorità, all'infuori di quelle costituite da lui, il diritto di celebrare matrimoni nel suo territorio. Giova dunque vedere anzitutto in quanto i diritti vigenti corrispondano o non corrispondano fra loro circa

(1) Contr. Fiore, l. c., pag. 304.
(2) Law Magazine and Review, Nov. 1882. Consular Marriages.

tale ammissione del matrimonio diplomatico e consolare fra fidanzati che sieno sudditi entrambi dello Stato rappresentato dall'agente diplomatico o dal console celebrante.

Il Codice francese (1) dispone che: « Qualunque atto dello stato civile dei francesi formato in paese straniero sarà valido se sarà stato ricevuto secondo le leggi francesi dagli agenti diplomatici, o dai commissarii delle relazioni commerciali francesi »; e l'ordinanza del 23 Ottobre 1833 (2) dà norme cui i consoli devono attenersi per il matrimonio dei francesi nel paese dove sono accreditati. La stessa facoltà è riprodotta all'articolo 48 del Codice Belga ed all'articolo 368 del Codice Italiano secondo il quale: « È in facoltà dei cittadini che si trovano fuori del Regno di far ricevere gli atti di nascita, matrimonî o morte dai regi agenti diplomatici o consolari, purchè si osservino le forme stabilite da questo Codice »; (3) dalle leggi del 25 Luglio 1871 e 24 Giugno 1879 dei Paesi Bassi, ed all'articolo 13 della legge federale svizzera del 1874. In Germania è data facoltà al Cancelliere dalle leggi del 1870 e del 1875 di autorizzare in generale i rappresentanti ed i consoli tedeschi alla celebrazione di matrimonî fra sudditi o protetti tedeschi. La legge inglese dà poi una latitudine ancor maggiore a tale facoltà riconoscendo come validi anche i matrimonî celebrati fra inglesi all'estero davanti un ministro della Chiesa anglicana nella cappella dell'Ambasciata o del ministro, od anche nella fattoria di un suddito inglese.

Ma quando si tratta di ricercare in quanto possa essere riconosciuta la validità di tali matrimonî, nella mancanza di disposizioni legislative o convenzionali, anche nel paese dove sono contratti, allora in un solo caso si troverà sempre la certezza del loro riconoscimento: in quello cioè in cui si tratti di un matrimonio contratto nel palazzo di un'Ambasciata fra persone del seguito dell'Ambasciatore. La condizione speciale che è fatta a queste persone dagli accordi o dalle consuetudini internazionali, le immunità che, per quanto le riguarda personalmente, si riconoscono ai luoghi stessi dove esse si trovano; i privilegi stessi giurisdizionali che si attribuiscono loro per unanime accordo degli Stati civili, fanno sì che

(1) Articolo 48.
(2) Articolo 14, 15 e 17.
(3) V. art. 29 della legge consolare.

si possa loro applicare una soluzione analoga a quella che si vide adottata per gli europei in genere negli Stati non cristiani.

483. — Ma all'infuori di questo caso, non si potrà riscontrare se non una presunzione a favore del matrimonio consolare basata sulla reciprocità di fatto risultante nel territorio di tutti quegli Stati che riconoscono tale eccezione a favore dei propri sudditi all'estero; mentre rispetto a tutti quelli Stati che, nemmeno ai propri sudditi residenti in terra straniera, riconoscono un tale privilegio, non resta se non la certezza che non lo riconosceranno agli stranieri sul proprio territorio. Quando non esistono trattati che espressamente provvedano a questo caso, una simile condizione si verifica quando si tratti di paesi che preferiscono il matrimonio religioso. Questi hanno un concetto del matrimonio che rende impossibile l'autorizzazione del Console e dell'Ambasciatore a celebrarlo, perchè secondo le leggi dello Stato a far ciò sarebbero incompetenti. Tutto al più potrebbero autorizzarlo a farlo celebrare da un ecclesiastico nella cappella dell'Ambasciata. Essi sono dunque portati naturalmente a negare agli altri nel proprio paese una facoltà che non reclamano per sè nel territorio altrui; e se a tale disposizione si aggiunge un concetto esatto e perciò limitato del privilegio di estraterritorialità ed il principio che la forma di celebrazione stabilita dalla legge locale per il matrimonio sia nella sua intangibilità d'ordine pubblico, se ne può dedurre la conseguenza che il matrimonio consolare degli stranieri, non potrà conseguire in quei paesi verun riconoscimento quando questo non sia garantito da espresse disposizioni convenzionali. Tale è la condizione dell'Austria; essa non reclamò mai il diritto di sottrarre sotto tale rapporto i suoi sudditi all'estero all'osservanza della legge locale, (1) nè riconosce veruna eccezione alle forme imperativamente prescritte dalla sua legge a favore degli stranieri che si maritano sul suo territorio. Ed uguale è il diritto argentino che non riconosce verun valore ai matrimoni consolari autorizzati fra i propri sudditi dalle leggi Italiana, Francese, e Belga e non riconosce che i soli matrimoni religiosi celebrati nel territorio della repubblica. (2) In conseguenza di tale difficoltà di riconoscimento

(1) Verger, pag. 53. Lawrence, pag. 358.

(2) Daireaux, l. c., pag. 208; vedi anche Martens, l. c., vol. II, pag. 431-2.

si presenta frequente la possibilità di un matrimonio valido nel paese a cui appartengono i coniugi, e nullo nel paese dove fu celebrato, nei limiti del quale il favore della legge personale non potrebbe mai prevalere sullo sfavore della legge territoriale. A diminuire tali occasioni di conflitti, la Spagna, quando istituì il matrimonio civile, non aveva autorizzati i proprii consoli a maritare spagnuoli se non che dove fosse impossibile a questi di trovare un ufficiale dello stato civile. (1)

Tale disposizione, dopo la ristaurazione del matrimonio religioso, ha conservato un campo d'applicazione quasi nullo, quello cioè dei matrimonî compiuti all'estero da spagnuoli accattolici; ma, applicabile a maggiore, o minor numero di casi, essa pur non esclude del tutto il pericolo di conflitti, poichè i paesi come l'Austria che non riconoscono il matrimonio consolare sono quelli appunto dove è impossibile od in sommo grado difficile poter approfittare dell'opera di un ufficiale dello stato civile.

484. — Fu la sollecitudine di evitare simili conflitti che provocò da parte degli Stati Uniti d'America alcune misure in relazione con quel riconoscimento del carattere obbligatorio delle forme locali; di tale riconoscimento abbiamo veduto un saggio, per quanto strano nelle sue conseguenze, nella causa Hynes. L'articolo 4082 dei Revised Statutes of the United States stabilisce che i matrimonî contratti all'estero in presenza di un ufficiale consolare degli Stati Uniti debbano essere riconosciuti come validi e produrre gli effetti giuridici di un matrimonio validamente contratto negli Stati Uniti, quando i fidanzati abbiano i requisiti voluti per maritarsi nel distretto federale di Columbia; ma l'articolo 24 § 417 del « Regolamento per il servizio consolare » limita tale facoltà rispetto a quelli Stati che non si mostrino disposti a riconoscerla: « L'articolo 4082 dei Revised Statutes of the United States non abilita il console a celebrare matrimonî od atti in genere contrarii alle leggi locali e ad essere il mezzo per render possibile un'offesa od anche l'apparenza di un'offesa alle leggi straniere. Il matrimonio è un contratto che ogni Stato regola nel proprio territorio secondo le proprie leggi. Siccome spesso il diritto di eredità dipende dalla validità di un matrimonio, i consoli devono, quando è richiesta la loro assistenza ad un matrimonio, non solo accertarsi il più possibile

(1) Regolamento del 5 Settembre 1871.

che le parti sieno atte a contrar matrimonio secondo le leggi del luogo dove questo ha luogo, ma altresì che in generale si presentino tutti i requisiti di un valido matrimonio. In nessun caso il console deve arrogarsi di partecipare al matrimonio quando la legge del paese di cui si tratta, espressamente non lo permetta. È vero che la legge americana prevede la celebrazione del matrimonio alla presenza del console, ma ciò non può avvenire se non conformemente alla legge del luogo della celebrazione » § 418: « Le norme su esposte non sono relative alla China al Giappone, al Madagascar, al Siam, alla Turchia, alla Barberia ed agli altri paesi non cristiani e semi-civilizzati dove è istituita una giurisdizione consolare ». (1)

Tale materia è regolata dai numeri 137, 138 e 139 delle istruzioni diplomatiche del governo degli Stati Uniti relative alla nazionalità, al domicilio ed al matrimonio, recentemente modificate. Tanto le antiche quanto le nuove istruzioni ammettono a condizioni analoghe il matrimonio degli americani nelle legazioni oltrechè nei consolati, ma le une differiscono per più rispetti dalle altre; le prime parevano infatti riferirsi a tutti gli americani degli Stati Uniti, le seconde non si applicano se non ai domiciliati nel Distretto federale di Columbia e nei territorii federali riconoscendo che, come i singoli Stati della federazione hanno la facoltà di determinare le condizioni del matrimonio e del divorzio per le persone domiciliate nel loro territorio, quel diritto deve loro competere anche per i matrimonî celebrati da quei domiciliati all'estero. Dall' unica rappresentanza consolare degli Stati Uniti combinata colla diversità delle leggi civili, risulta una competenza diversa rispetto al matrimonio negli ufficiali consolari a seconda che trattasi di domiciliati nel distretto di Columbia o nei territorii, o negli Stati; ed a seconda delle maggiori o minori riserve poste da questi alla loro facoltà di assistere a matrimonî, essi possono trovarsi in maggiori o minori conflitti col diritto del paese dove si trovano. Le istruzioni federali hanno lo scopo di evitare tali conflitti circa i limiti della competenza degli ufficiali consolari. Le vecchie istruzioni però venivano meno in gran parte allo scopo obbligando da un lato gli agenti americani a verificare se le parti si trovassero nelle condizioni volute nel paese dove si trovavano per contrarre matrimonio mentre rispetto a queste condizioni la maggior parte

(1) Garnier, l. c., pag. 135.

delle leggi è più propensa a riferirsi al diritto personale delle parti, ed ammettendo dall'altra, date queste condizioni, che i consoli procedessero alla celebrazione del matrimonio, mentre è appunto la competenza a procedervi, che in mancanza di espresse disposizioni legislative o convenzionali, non si può pretendere come riconosciuta dallo Stato dove il console si trova. Le nuove istruzioni invece esigono che l'ufficiale consolare, il quale non è autorizzato a celebrare il matrimonio, ma ad assistervi, si faccia, prima di dare così la propria sanzione al matrimonio, fornire le prove che le parti hanno compiute per quanto fu possibile le formalità richieste nel paese dove ha luogo la celebrazione; ritenendosi pertanto necessaria in ogni caso anche la celebrazione nelle forme locali e facendosi eccezione soltanto per i casi nei quali alle parti riesca impossibile di ricorrervi, o trattisi di forme contrarie alle convinzioni religiose delle parti od il diritto locale non ne esiga l'osservanza da parte degli stranieri. In questi casi la presenza dell'ufficiale consolare è necessaria perchè il matrimonio sia valido, e l'agente diplomatico cui le parti si rivolgano per far valere quelle eccezioni, dovrà avvertirle di quella necessità e facilitare all'uopo la presenza del principale ufficiale consolare. (1)

Il governo degli Stati Uniti tende dunque ai nostri giorni a procedere nell'indirizzo accennato dalla sentenza già citata del tribunale di Nuova York negando ai suoi consoli la facoltà di celebrare il matrimonio fra americani all'estero quando non sia certo che tale facoltà sia per essere loro riconosciuta dalle leggi del paese dove si trovano. Tale soluzione, a dir vero, è più in armonia colla dottrina prevalente in America; secondo la quale anche la validità intrinseca del matrimonio deve essere giudicata giusta le leggi del luogo dove l'atto è compiuto. La sentenza già citata prova del resto come non manchi ai giudici americani una comoda presunzione d'identità della legge straniera a quella propria per trovar modo in molti casi di legittimare rispetto ai loro effetti in America come consensuali quei matrimoni che dovrebbero pur riconoscersi difettosi come consolari. Che se poi, successivamente al matrimonio consolare o consensuale contratto all'estero, quei coniugi passassero anche transitoriamente un qualsiasi periodo di

(1) Francis Wharton, Instructions ecc. *Journal de Dr. Int. Privé,* 1886, pag. 663-7.

tempo in America, i giudici del loro paese riterrebbero certo come ratificata durante quel soggiorno dal consenso l'unione originariamente difettosa secondo il diritto del paese dove fu contratta. Ad ogni modo qualunque sia l'effetto pratico che nei casi concreti possa derivarne, resta sempre il fatto che la partecipazione dei consoli americani al matrimonio dei loro concittadini in Europa o negli altri Stati civili dell'America, è subordinata alla autorizzazione non solo delle leggi degli Stati Uniti ma anche delle leggi locali, diminuendosi cosí una causa di conflitti col fatto stesso di esortare i concittadini del console ad uniformarsi alle leggi locali. In tal guisa si adopera uno dei mezzi atti ad evitare i conflitti di questa materia, quello cioè dell'eclissarsi assoluto e spontaneo della legge delle persone davanti alla legge dell'atto per tutto quanto riguarda le forme di quest'ultimo.

485. — Ma se, in mancanza di espresse concessioni della legge o di espresse stipulazioni convenzionali, questa soluzione è la migliore, ciò non toglie che sia desiderabile che tutti gli Stati si accordino per ammettere il matrimonio consolare quando entrambi i coniugi sieno sudditi dello Stato cui appartiene il console. In tal caso se i due coniugi appartengono ad un paese che voglia il matrimonio religioso e faccia dell'osservanza di questa forma un elemento della capacità, è reso possibile ai coniugi di assoggettarsi a questa, sia pure illogica, prescrizione del loro paese senza violare il diritto del luogo dove si maritano non celebrando l'unione nelle forme che vi sono vigenti. Se poi i due coniugi appartengono ad un paese che abbia secolarizzato il matrimonio e proclamato obbligatoria la celebrazione civile, l'accordo fra gli Stati per ammettere il matrimonio consolare è inoltre il solo mezzo possibile per dar modo alle parti di esplicare sempre la propria capacità così come è costituita e garantita dalla legge nazionale. Infatti non ammettendo il matrimonio consolare due individui di diversa religione appartenenti ad un paese di matrimonio civile troverebbero, in onta alla propria legge, difficoltà spesso insormontabili al proprio matrimonio in un paese dove non esista che il matrimonio religioso, ed in tal caso si verificherebbe un inconveniente notevolissimo: quello cioè che alla forma si darebbe la prevalenza sulla capacità.

A tale scopo si ispira la convenzione consolare Germanico-Serba del 26 Gennaio 1883, invocabile in Serbia dagli Stati che

hanno stipulato con quel regno la clausola della nazione più favorita e che all'articolo 10 dispone: « I rappresentanti diplomatici, i consoli generali ed i vice-consoli dell'impero germanico in Serbia avranno il diritto di procedere alla celebrazione dei matrimonî civili dei sudditi tedeschi in quanto vi saranno stati autorizzati dal loro governo e secondo il tenore delle leggi esistenti nell'impero ». (1) Accordando per tal guisa ai diplomatici ed ai consoli il diritto di celebrare i matrimonî dei loro connazionali, si sfuggirebbe anche alla difficoltà di conoscere e di applicare rettamente la legge straniera relativa alla capacità personale ed al pericolo ancor più da evitarsi dell' applicazione anche involontaria alla capacità degli stranieri della legge del luogo di celebrazione. Rispetto ai matrimonî consolari fra individui della nazione del console può dunque ritenersi costituire essi una eccezione alla regola *locus regit actum* che non si può mai sottintendere come ammessa dal diritto internazionale comune e che non si può mai pretendere di far valere fuori del proprio territorio se un' espressa disposizione non la concede, ma che tutto induce a desiderare sia sempre più largamente concessa fra le nazioni, e che già molte nazioni reciprocamente si concedono.

486. — A più forte ragione è impossibile ammettere che uno stato civile riconosca tacitamente la facoltà che un altro concedesse ai propri consoli di maritare due individui dei quali uno solo fosse suo connazionale e l'altro straniero, specialmente nel caso in cui quest'ultimo fosse suddito dello Stato dove è contratto il matrimonio. La Francia, che iniziò l'autorizzazione data ai consoli di celebrare matrimonî, riconobbe anche tale limitazione alla facoltà loro concessa; l'articolo 48 del Codice Civile infatti non parla che degli atti dello stato civile fra francesi. Ed essendosi, benchè senza fondamento nella legge, sollevati dei dubbi in favore dei matrimonî conchiusi davanti a consoli francesi fra francesi e stranieri, la giurisprudenza risolse ben presto la questione nel senso della retta interpretazione della legge.

La Corte di Cassazione infatti riformando una sentenza della Corte d'Appello di Rouen a proposito di un matrimonio celebrato a Costantinopoli davanti al console francese fra un francese ed una straniera, dopo aver constatato che nessuna legge aveva mai

(1) Pavlowitsch, l. c., pag. 21-22.

conferito ai consoli francesi all'estero la facoltà di ricevere gli atti dello stato civile fra francesi e stranieri, aggiungeva a proposito degli articoli 47, 48 e 470 del Codice Civile: « Si les agents diplomatiques et les consuls ont eté autorisés par l'article 48 à recevoir les actes de l'état civil des français en pays étranger conformements aux lois françaises, il résulte clairement de l'essence des choses et du texte de la loi qu'il ne s'agit ici que des français uniquement, nos lois et nos agents n'ayant de pouvoir à l'étranger que sur les nationaux ». (1) Tanto rigorosamente è mantenuto questo principio in Francia, che quando sia possibile trovare una autorità locale atta a celebrare il matrimonio, non vi si fa eccezione nemmeno nei rapporti con paesi non cristiani; e Sir Travers Twiss cita il caso di un matrimonio celebrato nel Giappone fra due francesi e due donne giapponesi dalle autorità locali a richiesta del console francese.

In Italia la condizione risultante dall'articolo 368 del Codice Civile sarebbe identica a quella prodotta in Francia dall'articolo 48 del Codice di quel paese, ma l'articolo 29 della legge Consolare del 28 Gennaio 1866 autorizza i consoli italiani a ricevere gli atti di matrimonio fra un italiano ed una straniera nei casi in cui gli usi o le consuetudini locali lo permettono. Tale clausola evita qualunque conflitto mantenendo il divieto del diritto francese in tutti quei casi nei quali la legge stessa del luogo dove risiede il console non si accordi colla legge italiana nel farvi eccezione. (2)

487. — Invece l'articolo 13 della legge federale svizzera del 1874 stabilisce che « il consiglio federale può dove lo giudichi conveniente, autorizzare i rappresentanti diplomatici e consolari della confederazione all'estero.... a celebrare i matrimonî dei sudditi svizzeri fra loro e *quelli fra svizzeri e stranieri* », (3) senza fare la riserva fatta dalla legge italiana, dell'impedimento che potrebbe derivarne dal diritto locale e senza nemmeno limitare come la legge germanica la facoltà, con speciale riguardo ai paesi non cristiani, (4) ai matrimoni fra sudditi e protetti della nazione rap-

(1) Causa Sommaripa, Cass., 10 Agosto 1819, ap. Laurent, vol. IV, pag. 468.

(2) P. Fiore, Du mariage ecc., l. c., pag. 304-7.

(3) Garnier, l. c., pag. XVII.

(4) Garnier, l. c., pag. 90.

presentata dal Console. Però l'autorizzazione del consiglio federale che si richiede dalla legge svizzera fornisce al potere esecutivo federale il mezzo d'impedire, negandola, i conflitti che ne seguirebbero rispetto alla validità dei matrimonî consolari fra svizzeri e stranieri in altri paesi d'Europa.

La legge che si dimostra più larga di tutte nell'autorizzare senza verun limite i consoli a celebrare od a far celebrare matrimonî, e la meno curante delle disposizioni contrarie dei diritti territoriali, è quella inglese. Già da lungo tempo il diritto inglese riconosceva ai sudditi britannici il diritto di maritarsi conformemente alle leggi del proprio paese nei limiti di una fattoria commerciale della loro nazione; ma, coll'abolizione delle fattorie commerciali tale privilegio venendo necessariamente a cessare, fu provveduto a sostituirlo col *Consular Marriage Act* del 1849, (1) che, confermando sotto altra forma le antiche prerogative, permise la celebrazione nei consolati britannici non solo dei matrimonî fra sudditi inglesi, ma anche di quelli fra un suddito inglese ed uno straniero. Tali matrimonî devono celebrarsi nell'interno dell'ufficio consolare ed alla presenza del console sia per opera di lui nella sua qualità di *registrar*, sia secondo quel qualunque rito religioso che le parti possano voler adottare.

L'esempio dato da questa legge fu seguito più recentemente dal Belgio, dove vigevano prima gli articoli 48 e 170 del Codice Napoleonico, colla legge del 24 Maggio 1882. La sollecitudine di rendere possibile il matrimonio in paese estero di un Belga con una straniera anche quando la legge locale del matrimonio ne renda impossibile la celebrazione, mosse il governo di quel paese a proporre e le camere ad approvare l'articolo seguente: « L'article 170 du code civil est remplacé par les dispositions suivantes :

1.° Les mariages en pays étrangers entre Belges et entre Belges et étrangers seront célébrés dans la forme usitée dans le dit pays.

2.° Les mariages entre Belges pourront également être célébrés par les agents diplomatiques et les consuls de Belgique conformement aux lois Belges.

3.° Les agents diplomatiques et les consuls de Belgique pourront célébrer les mariages entre Belges et étrangeres, s'ils en ont

(1) Act of 12 and 13 Vict. 1849, ap. Twiss, l. c., pag. 145, 146.

obtenu l'autorisation speciale du ministère des affaires étrangères ....

4.° La capacité de la femme étrangère est reglée par son statut personnel. (1)

La legge belga esce con tali disposizioni dai limiti serbati dal diritto francese e da quello italiano, e si avvicina a quello vigente in Inghilterra; non si identifica a quest'ultimo però, perchè i consoli Belgi continuano, a differenza dei consoli inglesi, ad essere completamente incompetenti a celebrare il matrimonio fra una donna della loro nazione ed uno straniero; (2) inoltre la legge del 1882 « loin de comporter une extension de la compétence des agents du service extérieur *en général*, ne crée qu'une iuridiction exceptionnelle subordonnée à une autorisation spéciale du ministre des affaires étrangères à qui incumbe le soin de decider dans quelles circonstances et pour quelles localités il conviendra de l'accorder. Sans l'autorisation dont il s'agit, les agents doivent, en conformité des instruction anterieures des mon département, continuer à s'abstenir de proceder à la celébration du mariage lorsque l'un des futurs conjoints ne possède pas la qualité de Belge ». (3)

Prescindendo da quelle leggi che mantengono quest'ultimo divieto citato nella circolare belga, possiamo constatare due diverse gradazioni fra quelle che concedono ai consoli di maritare un nazionale con uno straniero. La piú prudente è la legge belga che limita questa facoltà ai casi in cui sia straniera la futura moglie e la sottopone inoltre all'autorizzazione del ministero; segue lá legge svizzera che, senza distinguere il caso in cui sia straniero il fidanzato o la fidanzata, si limita a sottoporre la facoltà del console all'autorizzazione del consiglio federale; e finalmente la legge inglese del 1849 accorda ai consoli britannici di maritare un inglese

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 46 e 47. Non so se riservando l'applicazione della legge personale alla capacità della moglie straniera il legislatore abbia inteso parlare della capacità a maritarsi in genere, od anche delle norme speciali relative alla capacità come per esempio quelle derivanti da considerazioni religiose: in quest'ultimo caso certo non sarebbe più raggiunto uno dei precipui scopi per cui la legge fu votata. V. l'Exposé des motifs del Ministro Bara, l. c., pag. 49.

(2) Circulaire du Ministre des affaires étrangères sur l'application de la loi, l. c., pag. 51-52.

(3) L. c., pag. 52.

od una inglese con una straniera o con uno straniero quando abbia avuto all'uopo un warrant dal Ministero degli affari esteri.

488. — Queste tre condizioni di legislazione però, diverse in quanto si mostrano più o meno prudenti nell'autorizzare tali matrimoni, hanno questo di comune: che dei casi in cui li autorizzano fanno altrettante cause di conflitti. Infatti come si sentirebbe obbligato lo Stato dove quei matrimoni avvengono, a riconoscerne la validità? In omaggio alla regola *locus regit actum* no, perchè sarebbe appunto la forma locale quella non applicata; in omaggio alla legge personale nemmeno, perchè una delle parti la violerebbe (ed il più delle volte non soltanto in quanto regola le forme) sul suo stesso territorio; in omaggio infine alla estraterritorialità no, perchè a tanto essa non si estende, e se a tanto si estendesse, allora i consoli potrebbero celebrare anche i matrimoni di due individui non appartenenti allo Stato da cui dipendono.

Uno Stato dunque in tali casi autorizza un matrimonio sapendo ch'esso non sarà certamente tenuto per valido se non nel suo territorio. Fino dal 1867 una circolare del Foreign office diceva: « La mia attenzione fu richiamata recentemente sulla validità dei matrimoni celebrati nelle residenze dei rappresentanti diplomatici di S. M. Britannica all'estero fra sudditi inglesi e stranieri. Dopo aver consultato gli ufficiali legali della corona, devo darvi l'istruzione di far sapere ai sudditi di S. M., perchè conoscano bene la situazione in cui si troverebbero in tali circostanze, che un matrimonio così contratto non è necessariamente valido fuori dei possedimenti di S. M. ». (1)

E la circolare belga (2) si esprime nello stesso senso: « Les mariages de cette dernière catégorie courent le risque d'être considérés à l'étranger comme inéxistants, attendu que nos lois n'ont pas le pouvoir d'établir au dela du territoire, sans le concours de la souveraineté étrangère, des autorités pubbliques ayant jurisdiction sur des personnes n'appartenant pas à la nationalité belge .... Dans ce dernier cas l'agent diplomatique ou le consul ne doit pas omettre d'avertir les interessés que leur mariage ne sera necessairement valide qu' en Belgique ». Infatti un riconoscimento nello Stato, a cui appartiene l'altro coniuge, e dove fu celebrato dal console il

(1) Lawrence, l. c., pag. 361.
(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, l. c., pag. 52.

matrimonio, non è nemmeno sperabile. Il Lawrence cita (1) il fatto di una spagnuola arrestata dalle autorità del suo paese ad istigazione dei parenti per aver vissuto maritalmente con un inglese dopo averlo sposato al consolato britannico di Barcellona; il Suliotis riconosce come indubbio che un tale matrimonio fra uno straniero ed una rumena sarebbe tenuto invalido in Rumania; (2) ed il Lehr parlando del matrimonio celebrato all'ufficio dell'ottavo circondario di Parigi il 20 Ottobre 1885 fra la principessa Maria Amelia d'Orleans ed il principe Waldemaro di Danimarca accenna alla notizia che alcuni giornali avevano data che il matrimonio sarebbe stato celebrato alla legazione danese dal Ministro Moltke-Huitfeld e dimostra che quando ciò si fosse fatto, il matrimonio avrebbe dovuto considerarsi in Francia come non avvenuto. (3) Nè in Belgio la soluzione sarebbe stata diversa. (4)

489. — La soluzione d'un caso discusso recentemente anche davanti ai tribunali italiani dipendeva in gran parte dalla validità attribuita o negata al matrimonio fra un inglese ed una straniera celebrato fuori d'Inghilterra senza intervento delle autorità locali. Clemente Trafford, inglese venuto nel 1816 in Italia, aveva sposato nel 1821 a Napoli, secondo le norme del proprio diritto, Carmela Pedata napoletana e cattolica e nello stesso anno presentava un figlio alla sezione di San Ferdinando all'ufficio dello stato civile. Scomparsa la madre questo figlio passò col padre in Svizzera e se ne divise molto più tardi; il padre, morto nel 1878 dopo essere diventato cittadino svizzero, lasciò erede universale un certo Enrico Blanc residente a Gallipoli nello Stato dell'Ohio degli Stati Uniti d'America; il Trafford impugnò nella propria qualità di figlio la

(1) L. c., pag. 362.

(2) De la condit. des étrangers en Roumanie. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 559, 560.

(3) Lehr, *Du mode de célébration en Fr. d'un mariage entre français et étrangers*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 657-661.

(4) Vedi Trib. d'Anversa, 4 Agosto, 1877; Paricrisie 1879, 3-15. Baine e Van Tweyen, c. Uffic. d. St. Civile. La sentenza è anteriore alla legge del 1882, ma il carattere eccezionale di questa e le riserve di cui fu circondata autorizzano a ritenere che nessun criterio di reciprocità avrebbe fatto modificare anche più tardi la giurisprudenza a favore dei consoli stranieri. V. anche per i conflitti a cui può dar luogo la legge del Massachussetts simile alla legge inglese e la legge consolare federale, il Lawrence. l. c., pag. 368-376.

validità di quel testamento. Ora tutta la decisione circa le sue pretese dipendeva dal giudizio che si sarebbe fatto della validità del matrimonio contratto dal padre suo; e questo fu giudicato valido tanto davanti ai tribunali svizzeri che davanti ai tribunali italiani. (1)

Parrebbe che tali sentenze fossero in contraddizione con quanto son venuto esponendo finora circa i limiti entro i quali uno Stato può riconoscere i matrimonî celebrati da consoli stranieri nel suo territorio; ma ciò non è, quando si osservi che il matrimonio del Trafford non era avvenuto nè in Svizzera nè in Italia intendendo per Italia l'attuale Stato Italiano. Tanto di fronte alla legge svizzera come di fronte alla legge italiana il matrimonio del Trafford è avvenuto in un terzo Stato e perciò della validità di quello e della conseguente legittimità del figlio che ne nacque nulla si oppone a che si giudichi secondo la legge che dal diritto nostro è indicata come la sola competente a regolare lo stato e la capacità della persona ed i rapporti di famiglia. Dal momento che nessun motivo d'ordine pubblico si oppone perchè quanto si riferisce allo statuto personale ed ai rapporti famigliari di quell'inglese si giudichi secondo la legge inglese, a questa sola deve badare il giudice italiano cui spetta giudicare sulle conseguenze di quello. Ma se al momento in cui il Trafford sposò la Pedata, il regno d'Italia avesse esistito, ed una legge eguale alla napoletana circa la forma del matrimonio ed il matrimonio misto vi fosse stata in vigore, allora è evidente che il giudizio dei tribunali italiani sullo stato personale del Trafford avrebbe dovuto essere diverso.

Questo caso dunque non contraddice punto la regola suesposta secondo la quale, se un trattato non fa espressa eccezione, il matrimonio del suddito di uno Stato con persona straniera davanti al console di quest'ultima non viene riconosciuto come valido nel paese a cui quel cittadino appartiene e dove è seguito il matrimonio. Anzi, mentre alcuni Stati, come il Belgio non rifuggono in certi casi eccezionali dall'affrontare tali conflitti, altri paesi si accordano per eliminarne la possibilità. Così i Paesi Bassi ed il Brasile colla Convenzione Consolare del 27 Settembre 1878 stipularono all'articolo 15 che i rispettivi agenti consolari avranno il diritto

(1) Vedi le due magistrali memorie del Serafini; Pisa, Vannucchi, 1883 e Pisa Mariotti, 1886.

di ricevere, secondo le leggi ed i regolamenti del proprio paese, atti di nascita, di matrimonio e di morte dei proprii nazionali, senza che perciò ad essi ne derivi verun titolo a maritare validamente una persona appartenente per la propria nazionalità allo Stato nel quale risiedono. (1)

Questo trattato rappresenta a mio avviso la soluzione convenzionale più probabile e più equa in tale argomento: gli Stati si inducono a riconoscere i matrimoni celebrati dai consoli fra connazionali di questi ultimi nel loro territorio, alla condizione d'essere assicurati che i consoli si asterranno sempre dal maritare una persona appartenente alla propria nazione con una suddita dello Stato dove si trovano.

490. — Considerando ora i non tanto numerosi ma pur notevoli casi di conflitto che si manifestano in questa parte del diritto matrimoniale riguardante le forme, e volendo riassumere i mezzi più opportuni e più efficaci per impedirne la manifestazione, certamente come il più efficace di tutti, ma anche come il più difficile ad attuarsi, si presenta la secolarizzazione del matrimonio universalmente adottata mercè l'ammissione sia pure facoltativa del matrimonio civile. Quando a tanto si giungesse in tutti gli Stati civili, nel tempo stesso in cui si riconoscerebbe la personalità della capacità personale, nessun motivo avrebbero i coniugi stranieri di cercar di sottrarre la forma del loro matrimonio alla *lex loci*, la quale sarebbe riconosciuta da tutti gli Stati come sola competente a regolare tanto la celebrazione del matrimonio quanto le formalità che devono precederla.

Ma finchè restano quali tuttora sono le condizioni dei varii diritti positivi, e finchè perdurano in questi disposizioni relative alle forme che possono confondersi facilmente con quelle relative alla capacità, sarebbe necessario che tutti gli Stati civili, tanto quelli che adottarono il matrimonio civile come quelli che mantennero il matrimonio religioso, si accordassero a considerare l'osservanza da parte dei proprii sudditi maritati all'estero delle forme da essi prescritte non già come un elemento intrinseco di capacità personale, ma come un elemento formale facoltativo abbandonato alla libera elezione delle parti. (2) In tal guisa il matrimonio contratto

(1) *Annuaire de lég. étrangère*, 1880, pag. 561-570.

(2) Bishop, *On marriage and divorce*, vol. I, § 363.

da due connazionali all'estero sarebbe riconoscinto come valido così nel loro paese come in quello della celebrazione tanto nel caso che fosse stato celebrato nelle forme imposte dalla legge nazionale, quanto nel caso che si fossero seguite quelle imposte dalla legge locale; nè, trattandosi di un atto compiuto fuori del suo territorio, l'impegnarsi convenzionalmente a riconoscerlo in tali condizioni, offenderebbe minimamente lo Stato a cui appartengono i coniugi.

Ma perchè se i coniugi maritati all'estero hanno approfittato di tale facoltà concessa loro dalla legge nazionale, seguendo le forme prescritte da questa, il loro matrimonio possa essere riconosciuto anche nel paese dove avvenne la celebrazione senza seguire le forme locali; è necessario che quella celebrazione non possa avvenire se non in luoghi tali e sotto la sorveglianza di tali persone che diano almeno assoluta garanzia dell'osservanza delle forme prescritte dalla legge personale; e ciò non può avvenire se non riservando ai consoli od agenti diplomatici la celebrazione o la sorveglianza della celebrazione del matrimonio di quei loro nazionali che preferiscono seguire le forme del proprio paese piuttostochè quelle del luogo dove si sposano. Ed entro a questi limiti nnlla si oppone a che il paese stesso possa aderire convenzionalmente a riconoscere il loro matrimonio così celebrato.

Una difficoltà si presenta rispetto ai matrimonî civili che sarebbero in quel modo celebrati in territorio dove è obbligatorio il solo matrimonio religioso; ma anzitutto giova osservare che qui si tratta non della soluzione da darsi a tali casi secondo il diritto comune internazionale ora vigente, ma delle soluzioni convenzionali che potrebbero darvi gli Stati allo scopo di evitare i conflitti, ed una tale soluzione convenzionale non potrebbe essere che a base di transazione. Gli Stati che adottarono il matrimonio civile si adatterebbero a riconoscere come valido matrimonio quello religioso di due stranieri celebrato al consolato del loro paese, e gli Stati di matrimonio religioso a riconoscere come marito e moglie due stranieri sposati civilmente al loro consolato; l'uno non rinuncerebbe più che l'altro alle conseguenze assolute della propria sovranità. Inoltre la celebrazione di un matrimonio civile in un consolato fra sudditi dello Stato cui appartiene il console non offenderebbe in molti Stati che mantennero il matrimonio religioso una norma d'ordine pub-

blico assoluto: abbiamo veduto infatti come molti fra questi Stati ammettano il matrimonio civile detto *necessario* per gli atei ed i dissidenti: qual difficoltà dunque di ammetterlo nei consolati per gli stranieri cui la loro legge lo permetta, considerandoli pertanto come stranieri e non già come addetti a questo o quel culto con apprezzamento più consentaneo alla funzione politica dello Stato ed ai rapporti internazionali di questo cogli altri?

Rispetto poi al matrimonio consolare fra un nazionale del console ed un suddito d'altro Stato, specialmente quando si tratti appunto di un suddito del paese dove il console si trova, sarebbe necessario distinguere fra gli Stati cristiani ed i non cristiani. In questi ultimi, dove agli europei ed agli americani si riconosce una semi-estraterritorialità ed ai loro consoli una estraterritorialità completa, non v'è difficoltà ad ottenere il riconoscimento del matrimonio, quando questo si celebri nel consolato e salve le norme della capacità personale, poichè il luogo dove avvenne la celebrazione è veramente assimilato dalle consuetudini ivi vigenti al territorio stesso della nazione cui il console appartiene.

Ma rispetto ai paesi civili d'Europa e d'America questo matrimonio consolare che potrebbe chiamarsi *politicamente misto*, dev'essere escluso con ogni cura dalle leggi particolari, perchè vana sarebbe la speranza d'ottenerne sempre per trattati il riconoscimento dove fu concluso. Nè in questi paesi saprei ravvisare uno scopo plausibile di desiderare tale concessione; poichè o sarebbero riservate tutte le norme del diritto personale circa la capacità, ed essa diventerebbe nella massima parte dei casi una concessione illusoria, o quelle non sarebbero riservate, e si tratterebbe di autorizzare una persona a ribellarsi nei limiti del proprio paese alla propria legge personale.

491. — Il Laurent propone tanto per questo caso come per quello del matrimonio fra due connazionali del coniuge, una soluzione transitoria da adottarsi, finchè non siasi ottenuto il riconoscimento convenzionale del matrimonio consolare. Egli si ispirò all'esempio dell'articolo 134 del Codice dei Paesi Bassi che dispone: (1) « È in facoltà del re di autorizzare i fidanzati a contrarre matrimonio col mezzo di un incaricato munito di mandato speciale ed autentico » e proponeva per l'avant-projet del Codice Belga: « In paese

(1) Laurent, op. cit., vol. IV, pag. 490-1 e Garnier, pag. 82.

straniero fra Belgi e fra Belgi e stranieri i matrimoni potranno farsi dall'Ufficiale dello Stato Civile belga, in virtù d'una procura ricevuta dal console, o d'una procura per iscrittura privata legalizzata dal console ». Una spedizione dell'atto di celebrazione sarebbe inviata al console od all'agente diplomatico e trascritta nei suoi registri. È un espediente che, per quanto si riferisce ai matrimoni fra connazionali all'estero, può raggiungere lo scopo di far riconoscere più facilmente il loro matrimonio nel paese dove si trovano, tanto più in questi Stati che come l'Austria (2) non ripugnano dal matrimonio per procura; ma per quanto si riferisce al matrimonio di un nazionale dello Stato che riconosce quella forma per i matrimoni celebrati all'estero con un suddito dello Stato dove quello si trova, la forma per procura escogitata dal Laurent non mi pare presenti verun minor ostacolo di riconoscimento del matrimonio consolare.

492. — Di quest'ultimo, della forma del matrimonio in genere e del modo di preparare la soluzione dei conflitti che derivano dall'osservanza delle une e delle altre forme di celebrazione nel campo dei rapporti internazionali, si occupò negli ultimi anni la Commissione di diritto civile dell'Istituto di Diritto Internazionale, dando modo a quest'ultimo di discutere i rapporti e le proposte presentate alla Sessione di Monaco del 1883 dall'Arnzt e dal Westlake, e quelle presentate alla seconda sessione di Bruxelles del 1885 dal Bar e dal Brusa, e separatamente da loro dal Koenig. Il concetto che domina in tutte tali proposte è quello dell'applicazione della norma *locus regit actum* e delle sue deroghe dipendenti dalla facoltà di scelta riconosciuta alle parti; ma per la logica determinazione dei limiti fra l'una e l'altra e per la chiarezza dell'esposizione sembranmi di gran lunga preferibili a tutte le altre quelle del Koenig che formarono nel 1883 la base delle deliberazioni provvisorie dell'Istituto. Infatti mentre secondo le proposte dell'Arnzt e del Westlake: (articolo 1): la forme externe de la célébration du mariage est reglée par la loi du lieu de la célébration » e secondo quelle del Bar e del Brusa « articolo 1: Le mariage célébré selon les formes légales, prescrites ou en usage dans le pays de la célébration, est valable quant' à la forme », il Koenig aggiunge a quest' ultima regola nel suo articolo 1 le parole: « et ne doit pas être invalidé par la

(1) Cod. civ. Austr., § 76.

seule raison que cette forme n'est pervenue dans le pays d'origine des parties contractantes ou de l'une d'elles » evitando così ogni confusione delle questioni di forma con quelle di capacità. Rispetto alle deroghe d'ordine facoltativo il Bar ed il Brusa proponevano: articolo 2. « Le mariage est également valable partout s'il a été célébré selon les formes légales prescrites, ou en usage dans les pays auxquels les deux parties appartiennent comme citoyens. Toutefois l'assistance de l'officier de l'état civil sera indispensable si pour cette assistance le présent réglement est adopté par les États respectifs, et si cette assistance a lieu sans que l'ont eu égard à la réligion des parties ». Ciò che v'è di più chiaro in quest'articolo è la sua oscurità. Basta senz'altra condizione l'osservanza delle forme prescritte dalla legge patria? Allora un matrimonio consensuale fra americani o religioso fra spagnuoli celebrato senza verun intervento del loro console in Italia sarà ritenuto come valido; è indispensabile anche la partecipazione dell'Ufficiale dello stato civile locale? ed in tal caso si impone in ogni caso l'osservanza delle forme locali oltrechè quella delle forme patrie; ed il riconoscimento della facoltà di seguire anche queste diventa inutile poichè ottemperato che si abbia alle prescrizioni della legge territoriale, è evidente che i coniugi possono ricelebrare quante volte vogliono secondo i riti o gli usi loro la propria unione. Molto meglio l'articolo 4 dell'Arnzt e del Westlake, col quale riconoscendo che per ammettere una deroga alle forme locali è necessaria la garanzia data dal controllo di un ufficiale pubblico dello Stato cui i coniugi appartengono, vien disposto che « si un État a autorisé ses agents diplomatiques ou consulaires... à célébrer les mariages entre régnicoles ou entre régnicoles et etrangers, les mariages ainsi célébrés seront reconnus valables pour toutes les nations: *a*. Si les deux parties sont sujets du pays donts les agents diplomatiques et consulaires ont célébrés le mariage » .... e meglio ancora l'articolo 2 del Koenig: « Pour éviter les difficultés qui pourraient s'opposer à la célébration d'un mariage en pays etranger, il est désirable que les agents diplomatiques ou consulaires soient autorisés à remplir les fonctions d'officiers de l'etat civil à l'égard de leurs ressortissants », dal quale risulta in genere la necessità di un'autorizzazione tanto da parte dello Stato da cui dipendono i consoli quanto da parte di quello nel territorio del quale esercitano le loro funzioni. Rispetto ai matrimoni consolari nei paesi non cri-

stiani l'Arnzt ed il Westlake non danno una disposizione speciale, il Bar ed il Brusa propongono che « la législation nationale d'une des parties puisse ordonner, par dispositions formelles et expresses, que la célébration des mariages dans certains pays étrangers (notamment dans des pays ne reconnaissant pas les principes du droit des pays chretiens) ait lieu devant les autorités diplomatiques ou consulaires nationales, la législation nationale, cependant, n'exigera des formes autres que les formes du pays de la célébration que dans le cas où celles ci ne garantiraient en aucune façon une preuve sûre du consentement sérieux des parties ». Questo articolo, nella prima parte in cui parla della *legislazione nazionale che potrà ordinare*, non tiene conto dei due elementi di adesione a tale deroga: la volontà cioè dello Stato nazionale delle parti e quella dello Stato dove le parti si uniscono, necessarii entrambi perchè il matrimonio sia valido dovunque; nella seconda parte è poi l'articolo troppo ristretto non comprendendo tutti quei casi e quei paesi nei quali la seria prestazione del consenso è bensì assicurata, ma l'organizzazione confessionale del matrimonio è tale da far sì che l'osservanza delle forme locali o violenti la coscienza delle parti o renda illusoria l'applicazione della loro legge nazionale alle questioni di capacità. A ciò provvede l'articolo 3 del Koenig disponendo che; « si dans un pays la forme de la célébration est purement réligieuse, les etrangers appartenant à un autre culte doivent être autorisés à célébrer leur mariage selon les formes légales de leur pays d'origine ou devant les autorités diplomatiques ou consulaires du mari »; ma perchè ad entrambi i casi fosse provveduto sarebbe opportuno aggiungere all'articolo del Koenig la seconda parte di quello del Bar e del Brusa determinandolo in modo però da restringerne l'applicazione a quei paesi barbari o semi-civili dove non esiste analogamente all'Europa ed all'America, l'istituto del matrimonio e da non poterlo applicare ai matrimonî consensuali celebrati da Europei nei paesi d'America dove quel matrimonio è valido e regolato nei modi di prova offendendo così in tanta parte l'osservanza della norma *locus regit actum*.

Circa i matrimoni nei quali una sola delle parti appartenga allo Stato del console, l'Arnzt contempla all'articolo 5 *a*, l'autorizzazione da darsi dai varii Stati ai proprî consoli a celebrare matrimonî fra loro sudditi e stranieri senza distinguere questi secondo che sono sudditi di terzi Stati o del paese dove avviene il

matrimonio; l'articolo 2 del Koenig restringe tale autorizzazione del console al primo caso; ed il Bar e il Brusa propongono: articolo 4. « Sont de même valables quant à la forme les mariages célébrés selon les formes légales, prescrites ou en usage dans le pays au quel le mari appartient comme citoyen et les mariages célébrés en pays etranger conformement à la législation nationale du mari devant les autorité diplomatiques ou consulaires du mari. Tontefois dans ce cas et sauf les effets d'un mariage putatif l'epouse poura invalider le mariage dans le delai de deux ans de la célébration. L'invalidation se fera par déclaration solennelle devant notaire ou devant l'autorité diplomatique et consulaire de l'epouse; elle sortira son effet dès qu' elle sera notifiée au mari ou si la notification n'est pas possible, après qu'elle aura été publiée en bonne et due forme. Les légistations régleront cette pubblication; s'il n'était pas possible de s'entendre sur un réglement général, il suffirait d'observer la loi nationale de l'epouse, ou celle du mari ou celle du dernier domicile des deux epoux ». La prima parte di questo articolo si presta alla critica come l'articolo 2 per non ritenere necessario sempre nei matrimoni fatti in forma diversa della locale, il controllo dell'ufficiale diplomatico o consolare; le altre sono poi criticabili ancor maggiormente perchè invece di ammettere i coniugi od uno di essi ad impugnare per difetto di qualche elemento ritenuto necessario alla perfezione formale del matrimonio, la validità di questo entro un dato termine dalla celebrazione autorizzerebbe uno dei coniugi a prevalersi durante due anni come d'un motivo d'invalidazione dell'osservanza di quelle forme eccezionali appunto che sarebbero state dichiarate sufficienti in tal caso mercè un trattato internazionale, il che è contradditorio ed essenzialmente antigiuridico. (1)

Che il riconoscimento del matrimonio consolare, in certi limiti sia utile ai rapporti di diritto internazionale privato io credo fermamente, ma credo altresì che piuttosto di lasciarne in forse la validità per un certo tempo sia meglio non riconoscerlo del tutto; se nonchè nei limiti contemplati dall' ultimo articolo del Bar e del Brusa per altri motivi parmi preferibile non ammetterlo. Io credo infatti facile e desiderabile ottenerne il ricono-

(1) *Annuaire de l'Institut. de Dr. Int.*, VII année, Bruxelles, 1885, pag. 42-44 e VIII année, Bruxelles, 1886, pag. 67-8 e 70-2.

scimento di validità dovunque quando avvenga fra due connazionali sudditi dello Stato cui appartiene il console; difficile ottenerlo quando si tratti di un nazionale del console con una suddita del paese dove si celebra il matrimonio, quantunque in tal caso il fatto che trattasi di formare una famiglia straniera potrebbe perorare in favore del riconoscimento della validità presso lo Stato nel cui territorio si celebra; difficilissimo e punto desiderabile nè giustificabile infine il riconoscimento convenzionale del matrimonio consolare fra una connazionale del console ed un suddito del luogo di celebrazione.

Perciò devonsi far voti acciocchè la autorizzazione contemplata dalle leggi inglesi, svizzere e belghe non sia mai data a celebrare tali matrimonî politicamente misti se non in quei paesi non cristiani dove lo stato della legislazione interna e del diritto internazionale affida del loro riconoscimento; senza alterare d'altronde le altre norme del diritto inglese ed americano circa i matrimonî celebrati a bordo delle navi anche mercantili essendo queste per diritto comune assimilate in alto mare al territorio di quella nazione di cui portano la bandiera. (1) Rispetto a questi ultimi, quando siano celebrati nelle forme richieste dallo Stato a cui la nave appartiene, osservando le norme personali delle parti, nessuna eccezione potrebbe sollevarsi nemmeno da parte di quegli Stati che come l'Italia ignorano nel proprio diritto interno tali matrimonî a dir così marittimi; data l'indole della nave in alto mare nel diritto internazionale, il riconoscimento di quei matrimonî non è un'eccezione alla norma *locus regit actum*, ma ne è invece un'applicazione.

(1) Merchant Shipping Act, 1854, sez. 282 e Rev. Laws of the United States, § 4290 e 4291.

matrimonio; l'articolo 2 del Koenig restringe tale autorizzazione del console al primo caso; ed il Bar e il Brusa propongono: articolo 4. « Sont de même valables quant à la forme les mariages célébrés selon les formes légales, prescrites ou en usage dans le pays au quel le mari appartient comme citoyen et les mariages célébrés en pays etranger conformement à la législation nationale du mari devant les autorité diplomatiques ou consulaires du mari. Tontefois dans ce cas et sauf les effets d'un mariage putatif l'epouse poura invalider le mariage dans le delai de deux ans de la célébration. L'invalidation se fera par déclaration solennelle devant notaire ou devant l'autorité diplomatique et consulaire de l'epouse; elle sortira son effet dès qu' elle sera notifiée au mari ou si la notification n'est pas possible, après qu'elle aura été publiée en bonne et due forme. Les légistations règleront cette pubblication; s'il n'était pas possible de s'entendre sur un réglement général, il suffirait d'observer la loi nationale de l'epouse, ou celle du mari ou celle du dernier domicile des deux epoux ». La prima parte di questo articolo si presta alla critica come l'articolo 2 per non ritenere necessario sempre nei matrimonî fatti in forma diversa della locale, il controllo dell'ufficiale diplomatico o consolare; le altre sono poi criticabili ancor maggiormente perchè invece di ammettere i coniugi od uno di essi ad impugnare per difetto di qualche elemento ritenuto necessario alla perfezione formale del matrimonio, la validità di questo entro un dato termine dalla celebrazione autorizzerebbe uno dei coniugi a prevalersi durante due anni come d'un motivo d'invalidazione dell'osservanza di quelle forme eccezionali appunto che sarebbero state dichiarate sufficienti in tal caso mercè un trattato internazionale, il che è contradditorio ed essenzialmente antigiuridico. (1)

Che il riconoscimento del matrimonio consolare, in certi limiti sia utile ai rapporti di diritto internazionale privato io credo fermamente, ma credo altresì che piuttosto di lasciarne in forse la validità per un certo tempo sia meglio non riconoscerlo del tutto; se nonchè nei limiti contemplati dall' ultimo articolo del Bar e del Brusa per altri motivi parmi preferibile non ammetterlo. Io credo infatti facile e desiderabile ottenerne il ricono-

(1) *Annuaire de l'Institut. de Dr. Int.*, VII année, Bruxelles, 1885, pag. 42-44 e VIII année. Bruxelles, 1886, pag. 67-8 e 70-2.

scimento di validità dovunque quando avvenga fra due connazionali sudditi dello Stato cui appartiene il console; difficile ottenerlo quando si tratti di un nazionale del console con una suddita del paese dove si celebra il matrimonio, quantunque in tal caso il fatto che trattasi di formare una famiglia straniera potrebbe perorare in favore del riconoscimento della validità presso lo Stato nel cui territorio si celebra; difficilissimo e punto desiderabile nè giustificabile infine il riconoscimento convenzionale del matrimonio consolare fra una connazionale del console ed un suddito del luogo di celebrazione.

Perciò devonsi far voti acciocchè la autorizzazione contemplata dalle leggi inglesi, svizzere e belghe non sia mai data a celebrare tali matrimonî politicamente misti se non in quei paesi non cristiani dove lo stato della legislazione interna e del diritto internazionale affida del loro riconoscimento; senza alterare d'altronde le altre norme del diritto inglese ed americano circa i matrimonî celebrati a bordo delle navi anche mercantili essendo queste per diritto comune assimilate in alto mare al territorio di quella nazione di cui portano la bandiera. (1) Rispetto a questi ultimi, quando siano celebrati nelle forme richieste dallo Stato a cui la nave appartiene, osservando le norme personali delle parti, nessuna eccezione potrebbe sollevarsi nemmeno da parte di quegli Stati che come l'Italia ignorano nel proprio diritto interno tali matrimonî a dir così marittimi; data l'indole della nave in alto mare nel diritto internazionale, il riconoscimento di quei matrimonî non è un'eccezione alla norma *locus regit actum*, ma ne è invece un' applicazione.

(1) Merchant Shipping Act, 1854, sez. 282 e Rev. Laws of the United States, § 4290 e 4291.

VII

REGOLAMENTO DELLA SOCIETÀ CONIUGALE.

493. L'elemento personale e quello territoriale nel regolamento dei rapporti fra coniugi. — 494. Effetti personali ed effetti economici del matrimonio; due specie di norme circa i primi: *a.* disciplina famigliare; stato dei diritti positivi. — 495. *b.* Effetti dello stato conjugale sulla capacità: leggi che ne privano quasi interamente la donna maritata. — 496. Leggi che la subordinano a quella del marito; e che ne la emancipano del tutto. — 497. Necessità di criterii di diritto internazionale diversi circa il riconoscimento delle due specie di conseguenze personali. — 498. Prevalenza della legge territoriale rispetto a quelle della prima specie. — 499. Prevalenza della legge personale nel riconoscimento internazionale di quelle della seconda. — 500. Limiti a questa prevalenza nei varii paesi: ordine pubblico, immobili, mutamento di nazionalità. — 501. Conseguenze del matrimonio sui rapporti economici dei coniugi: regimi legali e convenzionali. — 502. *a.* Regime legale della separazione dei beni e regimi facoltativi in Italia. — 503. Stati Uniti e Russia; regime legale e regime consuetudinario. — 504. *b.* Regime legale della comunione universale: Danimarca, Norvegia, Olanda, Finlandia, Portogallo. — 505. *c.* Comunione limitata agli acquisti: Spagna ed Argentina. — 506. *d.* Comunione dei mobili e degli acquisti: Francia, Belgio, Monaco. — 507. *e.* Coesistenza legale delle due comunioni in Svezia. — 508. Varietà di regimi legali in Germania: comunione dei beni. — 509. *f.* Unione dei beni in Germania; Polonia. — 510. L'unione dei beni in Inghilterra: sua progressiva trasformazione. — 511. *g.* Regime attuale di semiseparazione in Inghilterra ed in Scozia. — 512. *h.* Varietà di regimi legali in Svizzera: regime obbligatorio e subordinazione della moglie: unione dei beni in Svizzera ed in Finlandia. — 513. *i.* Regolamento del regime dotale in Austria. — 514. Questioni di diritto internazionale cui può dar luogo la varietà dei regimi: diversità fra il regime dei beni e le conseguenze personali del matrimonio. — 515. Validità delle convenzioni matrimoniali: capacità delle parti. — 516. Carattere della prescrizione di anteriorità delle convenzioni al matrimonio. — 517. Limiti all'autonomia delle parti nelle convenzioni matrimoniali. — 518. Forme: l'impero della regola *locus regit actum* e le forme solenni; sostanza della convenzione, prevalenza della legge personale del marito. — 519. Legge del domicilio o della nazione della famiglia come regola della sostanza della convenzione: diritto italiano, francese, germanico, inglese ed austriaco. — 520. Legge regolante i rapporti economici dei coniugi che non fecero convenzioni: regime tacito, regime legale; importanza della scelta fra i due criterii. — 521. Contraddizioni prodotte dal criterio del regime tacito nella giurisprudenza francese. — 522. Il regime tacito nella giurisprudenza svizzera ed americana. — 523. Conflitti fra giurisprudenze di varii paesi che credono di usare nella ricerca del regime tacito il medesimo criterio di presunzione; criterio preferibile del regime legale secondo il diritto nazionale. — 524. Riconoscimento pieno del regime convenzionale e legale delle famiglie straniere in Italia: — 525. Limitazioni circa gli effetti sugli immobili in Francia, Austria, Inghilterra e Stati Uniti. — 526. Mutabilità o immutabilità del

regolamento giuridico dei rapporti economici conjugali per mutazione dello statuto personale: limiti in cui l'immutabilità può verificarsi. — 527. Sua ammissione in grado diverso in Italia, Francia, Germania, Argentina. — 528. Stati che non la ammettono: Stati Uniti, Inghilterra, Austria. — 529. Accordo circa il riconoscimento internazionale dell'ipoteca legale a favore della donna maritata: personalità per richiederla e territorialità per ottenerla. — 530. Sua negazione assoluta in Francia alla donna straniera.

493. — Dopo d'aver considerato l'accordo esistente o deficiente dei vari diritti positivi circa il regolamento del matrimonio considerato nella sua genesi, devesi considerare il matrimonio in atto nei molteplici effetti che ne derivano sulla intera esistenza giuridica dei coniugi. Ed anzitutto un concetto si presenta come logicamente direttivo di tutti questi rapporti: quello cioè del loro prevalente carattere di personalità; trattasi infatti di matrimonio e di famiglia cioè di rapporti personali per eccellenza, rispetto ai quali deve imperare nel maggior grado possibile la unicità e la universalità della legge regolatrice. Che se poi distinguiamo fra le conseguenze del matrimonio quelle che si riferiscono ai rapporti personali dei coniugi da quelle che riguardano la condizione voluta o legale dei loro interessi patrimoniali, quel concetto ci si presenta come ancor più necessariamente imperante rispetto alle prime, ed indica come legge regolatrice quella personale del marito. Quest'ultimo accentra in sè il governo e la cura degli interessi domestici, dà un nome alla famiglia, e secondo una norma che ormai può dirsi di diritto comune fa acquistare alla moglie per solo effetto del matrimonio la propria nazionalità. Par dunque naturale che tutto quanto si riferisce alle conseguenze personali del matrimonio, la potestà maritale, i diritti e i doveri dei coniugi e della prole, la subordinazione dell'uno all'altro coniuge, la incapacità o la capacità subordinata e condizionata che possono derivarne, debba regolarsi secondo la legge di colui che colla nazionalità e col proprio nome imprime a dir così la propria fisonomia giuridica alla famiglia.

Ma non bisogna dimenticare che quelle stesse ragioni per cui gli Stati regolano con tanta cura le condizioni e le forme dei matrimoni che avvengono sul loro territorio e vi annettono tanta importanza, li traggono a sorvegliare ed a regolare le famiglie dovunque formate che vi dimorano; anzi in questo secondo caso gli Stati hanno alla sorveglianza un interesse ancor maggiore che

nel primo, poichè quell'ente collettivo che lo Stato sorveglia in sul nascere in quanto può poi esercitare la sua influenza sulla società che essa governa, ora veramente vive ed agisce nell'ambito di questa società, e può col modo della sua esistenza e coll'esempio del suo operare turbarne quell'ordine che importa allo Stato sia mantenuto.

Ci troviamo dunque anche qui davanti ad una specie di rapporti che per la loro intima natura sono essenzialmente personali, e per le conseguenze che possono portare sull'ordine stabilito e gelosamente conservato nei singoli Stati, si trasformano in buona parte in territoriali per quanto si riferisce al loro regolamento giuridico. Per poter distinguere le due parti di questo campo altrimenti che con una serie arbitraria di regole e di eccezioni, e per ricercare se il diritto vigente vi abbia segnata una provincia distinta all'opera rispettiva di quei due fattori, importa notare che le conseguenze personali del matrimonio si dividono di per se stesse secondo l'intima loro natura e l'estensione dei loro effetti in due categorie.

494. — Deriva dal matrimonio una serie di regole che governano la vita della famiglia ed i rapporti dei coniugi fra loro in quanto si riferiscono alla loro vita interna famigliare; deriva pure dalla condizione matrimoniale una serie di conseguenze che modificano le attitudini giuridiche ed in specie la capacità dell'uno o di entrambi i coniugi non già soltanto rispetto alla vita famigliare, ma anche ai rapporti giuridici comuni che possono sorgere fra uno dei coniugi ed i terzi, o che, anche sorgendo fra l'uno e l'altro coniuge, son di quelli che potrebbero sorgere anche con un terzo. Evidentemente queste due specie di conseguenze giuridiche del matrimonio, nè hanno la stessa indole nè hanno la stessa importanza; ed è opportuno accennarne separatamente le norme del regolamento legislativo.

Rispetto alle prime non sono molte le differenze sostanziali fra i varî diritti positivi: un concetto li informa ancora tutti; quello della supremazia del marito e della subordinazione della moglie. Non è più il concetto della potestà romana in virtù della quale il marito poteva secondo le circostanze o *flagellis et fustibus acriter verberare* la moglie che aveva errato, o *modicam castigationem adhibere;* in generale il principio dell'autorità si mitigò, e poi si mitigarono le forme della sua sanzione, sicchè le legislazioni

moderne, conformi alle antecedenti nell'ammettere la supremazia maritale, differiscono circa il modo di attuarla e da quelle e fra loro.

L'obbligo della fedeltà e dell'assistenza insito nel concetto stesso di matrimonio è comune a tutte le legislazioni. Il Codice Francese sancisce il principio della subordinazione della moglie, disponendo che il marito è in dovere di proteggerla, ed essa di obbedirgli, (1) e che « la moglie è obbligata ad abitare col marito ed a seguitarlo ovunque egli creda opportuno di stabilire la sua residenza: il marito è obbligato a riceverla presso di sè, ed a somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze e del suo stato ». (2) Il Codice italiano dopo di avere stabilito (3) l'obbligo reciproco della coabitazione, dispone (4) che « il marito è capo della famiglia, la moglie ne segue la condizione civile, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare il suo domicilio » e che (5) « il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sè e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle proprie sostanze ». Così il Codice italiano sancisce la massima di quello francese in una forma più mite; secondo la sua lettera la moglie non è *obbligata ad obbedire al marito*, ma il suo obbligo di obbedienza risulta da ciò che il marito è *capo della famiglia*, ed ha l'obbligo di proteggerla. Analoghe sono le disposizioni degli articoli 90, 91, 92 del Codice Austriaco. (6)

Nel diritto inglese invece la supremazia del marito fu affermata fino a questi ultimi tempi in modo più energico che nel francese. Il marito signore, *baron*, della sua casa, poteva sottomettere la moglie alla prigione domestica e soltanto in un tempo molto recente tale diritto cominciò ad essergli contestato. (7) Anche nel

(1) Art. 213. — (2) Art. 214. — (3) Art. 130. — (4) Art. 131.

(5) Art. 132.

(6) § 90. Prima di tutto a ciascuno dei coniugi incombe eguale obbligazione al debito coniugale, alla fedeltà, e ad un reciproco decente trattamento. § 91. Il marito è il capo della famiglia. In tal qualità gli compete principalmente il diritto di dirigere l'economia domestica, ma gli incombe il dovere di somministrare alla moglie un decente sostentamento in proporzione delle sue facoltà e di rappresentarla (nel testo « vertreten » proteggere) in tutti i casi. § 92. La moglie .... è obbligata di seguire il domicilio del marito di assisterlo secondo le sue forze.

(7) Lehr, *Droit Civil Anglais*, pag. 689.

caso di non osservanza di sentenza ottenuta da un coniuge contro l'altro per la restituzione dei diritti conjugali, non è ammessa più dopo il 1884 la pena corporale, ma la sanzione consiste nell'obbligare il coniuge colpevole a dar garanzie materiali, e nel rendere possibile per effetto dalla sua disobbedienza la separazione personale. (1) In altri paesi di diritto inglese, la supremazia del marito trovò un contrappeso nelle pene pecuniarie e personali, minacciate a lui quando trascura senza motivi di provvedere al mantenimento della moglie o dei figli. (2) Il diritto spagnuolo (3) obbliga la moglie verso il marito all'obbedienza ed al rispetto; essa deve vivere col marito e seguirlo dovunque egli trasporti la sua residenza; soltanto se si trattasse di trasferirsi all'estero i tribunali potrebbero, secondo le circostanze, dispensarla da tale obbligo. Nel Messico una legge del 1884 modificativa del Codice Civile pose entrambi i coniugi nella stessa condizione rispetto all'obbligo della coabitazione, stabilendo che se uno di loro vien meno a tale obbligo, restano sospesi gli effetti della società coniugale. (4) Secondo il diritto russo: « il marito deve amare la moglie come la propria carne, vivere con essa in buon accordo, onorarla e difenderla scusare i suoi difetti, alleviare le sue pene ». (5) « Il marito è il capo della famiglia; la moglie gli deve a questo titolo amore, obbedienza e rispetto: essa è obbligata a procurare di compiacergli e ad attestargli devozione nel suo compito di padrona di casa. (6) Anche il Codice delle Provincie Baltiche impone alla moglie l'obbedienza e la sottomissione alla volontà del marito. La moglie è tenuta a seguirlo dovunque; una sola eccezione è fatta per quei casi in cui taluno è condannato alla deportazione in Siberia od in qualche altro territorio remoto dell'impero; allora l'altro coniuge è libero di non seguirvelo. (7) Il principio che domina nelle varie legisla-

(1) Act to amend the matrimonial causes; Stat. 47, 48 Vict. c. 68. 14 Agosto 1864, non applicabile nè alla Scozia nè all'Irlanda. *Annuaire de Lég. Étrang.*, 1885, pag. 61-3.

(2) Legge del 17 Aprile 1885 del Massachussetts, *Annuaire de Législation Étrang.*, 1886, pag. 622. Secondo le leggi della California, del Dakota, della Georgia e del Nuovo Messico « la moglie deve essere sottomessa al marito come capo della famiglia »; Stimson, l. c., pag. 715.

(3) Legge del 1870, n. 48.

(4) *Annuaire de Lég. Étrang.*, 1885, pag. 821.

(5) C. C., art. 106. — (6) Art. 107-8.

(7) Lehr, *Droit Civil Russe*, pag. 38-40.

zioni è dunque quello della supremazia del marito sulla moglie, ma tale supremazia v'apparisce più o meno esplicitamente codificata, più o meno estesa, ed inoltre la sua sanzione varia nei diversi paesi dalla correzione del diritto inglese, alla giurisprudenza francese che permette al marito di far ritornare *manu militari* la moglie al domicilio matrimoniale abbandonato, ed all' articolo 133 del Codice Italiano, che si limita a disporre: « L'obbligazione del marito di somministrare gli alimenti alla moglie cessa quando la moglie, allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale, ricusi di ritornarvi; può inoltre l'autorità giudiziaria, secondo i casi, ordinare a profitto del marito e della prole il sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali della moglie ».

195. — Le conseguenze personali del matrimonio della seconda specie, quelle cioè che si riferiscono alle attitudini giuridiche in genere di uno o di entrambi i coniugi anche fuori del governo della famiglia e dei rapporti personali dei coniugi fra loro, sono meno direttamente collegate col concetto stesso che del matrimonio ha tutta la società moderna e rispetto ad esse havvi maggior divario sostanziale fra quelle legislazioni. Sotto questo rapporto i varii diritti positivi possono raggrupparsi in tre categorie. Alcuni, pur conservando la supremazia del marito nell'interno del focolare domestico, non diminuiscono punto, e non subordinano al marito la capacità della moglie; altri invece, traendo da quella supremazia domestica e disciplinare le ultime conseguenze, distruggono quasi del tutto la personalità giuridica della moglie compenetrandola in quella del marito cui è sottomessa; altri infine non annullano la capacità della donna maritata, ma la subordinano in grado maggiore o minore a quella preponderante del marito, ritenendo necessario un atto di volontà di questo, perchè quella, oltre ai limiti assegnatile dalla legge, possa tradursi in atto.

Al secondo sistema apparteneva soprattutti fino agli ultimi tempi il diritto inglese, secondo il quale il marito e la moglie non formavano che una sola personalità il cui rappresentante era il primo. Il marito non può dar nulla direttamente alla moglie, nè fare con essa una convenzione, poichè tutto ciò implicherebbe in essa un'esistenza indipendente dalla sua; soltanto egli poteva lasciarle per testamento non dovendo questo sortire il proprio effetto se non dopo cessata la confusione delle due persone. Non è escluso però il mandato del marito alla moglie, poichè il mandato

implica la rappresentanza della personalità del mandante. (1) Perchè la moglie possa alienare od ipotecare i proprii immobili le è necessario un « power of appointment » del marito; (2) l'assistenza di questo le è necessaria per stare in giudizio, nè essa può disporre dei proprii immobili per atto di ultima volontà. (3) Non a caso nell'esporre questo regolamento inglese dai rapporti personali dei coniugi si può restare incerti fra l'uso del *tempo presente* e quello dell'*imperfetto*, poichè nel 1882 un atto del parlamento (4) adottò, rispetto ai rapporti economici del matrimonio, un sistema che emancipò in gran parte i beni della moglie dall'arbitrio del marito. Ma se è indubitato che una tale riforma, emancipando l'azione contrattuale e giudiziaria della moglie rispetto a certi beni, dovrà indirettamente modificare anche le conseguenze puramente personali del matrimonio, essa è ancora troppo recente (5) per poter esattamente misurarne sotto questo aspetto il valore e gli effetti. È certo però che la capacità della moglie, eccettuati i casi in cui la legge del 1882 ne proclamò l'autonomia per la tutela dei propri interessi economici, resta ancora nei rapporti personali col marito, quale era antecedentemente. Così per esempio resta vietato alle mogli di querelarsi penalmente contro i mariti. Nel corso dell'anno 1886 un artista di canto inglese fece inserire nei giornali l'annuncio ch'egli non tollerava di aver più verun rapporto colla propria moglie. Questa lo querelò per libello, ma il magistrato rifiutò di ascoltarla « perchè la moglie non può processare il marito ». La Corte Divisionale confermò quella sentenza, perchè la legge del 1882 permettendo alla moglie di stare in giudizio anche contro il marito « *per la protezione e per la sicurezza della sua proprietà personale* », la Corte riteneva che un'azione penale per libello allo scopo di punire il marito per offesa alla fama di lei non possa ritenersi contemplata da quella legge. (6)

Negli Stati Uniti la dottrina inglese sulla incapacità della moglie passò colla colonizzazione britannica; dopo l'indipendenza però, in virtù dell'autonomia legislativa dei varii Stati confederati, essa fu modificata in alcuni, mentre in altri restò inalterata. Così nello

(1) Lehr. *Dr. Civ. Anglais*, pag. 66-68. — (2) Pag. 76.
(3) Pag. 80. — (4) Vedi n.º 511.
(5) Lehr, *Droit Civil Anglais*, pag. 67.
(6) Graphic, 10 Aprile 1886.

Stato di Nuova York, dopo le ultime riforme legislative, la capacità della moglie fu in notevoli proporzioni riconosciuta, (1) e la legge del 28 Maggio 1884 stabilì che « una donna maritata può contrattare nelle stesse condizioni e nelle stesse forme che se non fosse maritata ed obbliga la sua sostanza personale, abbia o non abbia l'impegno rapporto col suo commercio e coi suoi beni particolari, e che non è necessaria da parte di lei la menzione espressa di voler impegnare questi ultimi ». (2) Nella Georgia invece l'esistenza giuridica della moglie continua ad essere confusa - merged - in quella del marito, salve le eccezioni espressamente stabilite dalla legge per la protezione ed il beneficio della moglie e per la conservazione dell'ordine pubblico. (3) Anche nel Missuri la donna maritata restò completamente incapace. Nel 1882 la Corte Suprema di quello Stato (4) giudicò che la promessa fatta da una donna maritata ad un avvocato di pagargli le spese di una domanda di divorzio contro il marito, non è obbligatoria per essa, poichè nemmeno l'abbandono del marito può far cessare la sua incapacità di contrattare. Soltanto se il marito, oltrechè abbandonarla, esca dal territorio dello Stato, può ritenersi risorta la capacità di lei. In tal caso una donna maritata può stare in giudizio come donna nubile per qualunque causa. (5) Ora tale era appunto la regola del diritto comune inglese che non fu punto modificata finora dalle leggi del Missuri.

496. — In Germania prevalsero principii corrispondenti alla terza delle categorie, che abbiamo distinto. La moglie non può senza l'autorizzazione del marito, alienare i proprii beni sia mobili che immobili; il marito non è tenuto a riconoscere ed a pagare sui beni della moglie se non i debiti contratti da questa anteriormente al matrimonio, o contratti dopo coll'autorizzazione

(1) Albany Law Journal, vol. 29, pag. 183.

(2) Annuaire de Lég. Étrang., 1885, pag. 774, 5. Così nel Nuovo Hampshire, Vermont, Nuova Jersey, Indiana, Illinois, Iowa, Minnesota, Oregon, Colorado, Mississipì, e Nuovo Messico. V. Stimson, l. c., pag. 714. V. per le facoltà della moglie circa la disposizione della sostanza immobiliare, pag. 742, 3.

(3) Stimson, l. c., pag. 715.

(4) Musick c. Dodson. Alb. Law. Journal, vol. 28, pag. 108.

(5) C. Suprema del Missurì, Luglio 1883, Phelps c. Wolthen. Alb. Law, Journal, vol. 30, pag. 159.

di lui, ed anche la questione se i debiti contratti dalla moglie durante il matrimonio siano assolutamente nulli o se la loro rivendicazione sia soltanto sospesa nell'interesse del diritto d'usufrutto del marito, fino a dopo il decesso di lui, fu risolta generalmente nel senso della nullità assoluta, ritenendosi la incapacità della moglie una conseguenza del matrimonio e della potestà maritale. (1) Però nell'assenza del marito o mentre egli è incapace di agire, la donna che si trovi in una condizione pericolosa per sè o per i proprii figli, ha diritto di alienare oggetti mobili appartenenti alla famiglia o di contrarre dei debiti, ed in generale di prendere le misure imposte dalle circostanze, (2) senza aver bisogno, come in Francia, di farsi autorizzare anche in tal caso dalla magistratura. (3) Tale è il diritto prevalente nelle legislazioni tedesche: non si può dire *il diritto germanico*, perchè manca all'impero l'unità della legislazione civile; perciò quando il Tribunale di commercio della Senna (4) pronunciò fra i motivi della propria sentenza che « le leggi tedesche non autorizzano la moglie che non sia pubblica negoziante ad obbligarsi senza il consenso del marito » espose una massima di diritto positivo inesatta, perchè in tutte le parti della Germania, dove vige il diritto comune, non v'è alcuna disposizione che faccia dipendere dall'autorizzazione del marito la validità del contratto conchiuso dalla moglie. (5) Soltanto il Codice di Commercio tedesco vigente in tutto l'impero attenuò la subordinazione della capacità di lei all'autorizzazione del marito anche nei casi in cui quest'ultima è voluta dalla legge, disponendo (6) secondo l'esempio del diritto francese (7) che le donne commercianti possono obbligarsi per lettera di cambio senza l'autorizzazione del marito qualunque siano le disposizioni dei diversi diritti particolari relative alla loro capacità.

In Ispagna la moglie ha bisogno dell'autorizzazione maritale per tutti quegli atti che possono causare pregiudizio all'associa-

(1) Ladrecht, pruss. II, 1. § 320.

(2) Landr. pruss. II, 1. § 324-8.

(3) Lehr *Dr. Germanique*, pag. 343-7.

(4) 25 Giugno, 1878, Heihnam c. Mayer.

(5) *Reuling*. Note sur la capacité des femmes allemandes mariées et non marchandes pubbliques de s'obliger par lettre de change *Rev. de Dr. Int.*, vol. XI, pag. 147.

(6) Articolo 8. — (7) C. C., art. 220.

zione coniugale, come amministrare i beni proprii o del marito, rifiutare una successione od accettarla senza benefizio d'inventario, conchiudere convenzioni o stare in giudizio, e pubblicare opere scientifiche o letterarie originali o tradotte. Al consenso del marito può supplire però quello del giudice; il marito può conferirle una autorizzazione generale; e per i processi che può avere anche col proprio marito, (1) per il proprio testamento, e per la disposizione dei proprii beni nei limiti imposti dalla legge, non ha bisogno di veruna autorizzazione.

Secondo il diritto francese la moglie (2) « non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, nè può (3) donare, alienare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito od oneroso senza che il marito concorra all'atto o presti il suo consenso in iscritto. Se il marito ricusa di autorizzarla essa può rivolgersi al giudice, (4) ma può (5) far testamento senza l'autorizzazione del marito. Ogni autorizzazione data in genere, ancorchè stipulata nel contratto di matrimonio, non può essere valida se non relativamente alla semplice amministrazione dei beni della moglie. (6)

In Italia invece la moglie (7) non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito, pel rifiuto del quale può ricorrere al tribunale civile; (8) ma il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni di quegli atti, salvo in lui il diritto di rivocarla. (9) Ora paragonando queste due legislazioni, la capacità della donna risulta in grado ben maggiore riconosciuta dal diritto italiano che da quello francese: anzitutto quello limita gli atti per i quali l'autorizzazione è necessaria, assai più di questo; ed inoltre nel nostro paese è ammessa, benchè revocabile, l'autorizzazione generale che il diritto francese riprova. Nell'uno e nell'altro Stato è però visibile la tendenza a temperare la superiorità del marito. La legge francese sulle casse di risparmio postali del 9 Aprile 1881 permette alle donne maritate di farsi aprire libretti senza l'assi-

(1) Confr. pag. 156.
(2) C. C., art. 215. — (3) Art. 217. — (4) Articoli 218-19.
(5) Art. 226. — (6) Art. 223. — (7) C. C. Art. 134.
(8) Art. 136. — (9) Art. 134.

stenza maritale e di ritirare di propria iniziativa le somme iscrittevi, (1) imitando l'esempio dato dall'Italia colla legge del 27 Maggio 1875. (2)

In Danimarca fu pure emancipata la moglie per quanto si riferisce alla disposizione dei proprii guadagni personali; (3) ma del resto essa continua come in Svezia ed in Norvegia ad essere sotto la curatela legale del marito che può agire e rispondere per essa in tutti i rami della sua attività. (4) In Belgio il Laurent si proponeva di sancire il principio della emancipazione completa nella riforma del Codice Civile di quel paese ora eguale a quello francese, (5) principio già vigente nel Codice Austriaco e nel diritto Russo.

497. — Si riscontrano dunque due ordini di conseguenze di indole personale derivanti dal matrimonio: alcune si riferiscono ai rapporti dei coniugi fra loro nell'interno della famiglia e nel governo di questa; altre alla capacità giuridica dei coniugi modificata dallo stato matrimoniale: rispetto alle prime le legislazioni sono informate dal principio della subordinazione della donna all'uomo, principio che si afferma in questo e quel diritto con maggiore o minore energia e con qualche diversità specialmente nella latitudine delle sue sanzioni: rispetto alle seconde i diritti positivi subiscono le maggiori diversità, presentandosi in una gradazione progressiva che va dall'assorbimento della capacità giuridica della moglie in quella del marito, alla completa emancipazione della prima dalla seconda. Ora, considerando tali diritti particolari nell'unione del Diritto Internazionale Privato, quale sarebbe la soluzione ideale nel caso di coniugi che si trovino od agiscano fuori del proprio paese? Qui torna opportuna la distinzione che abbiamo fatta fra le conseguenze personali del matrimonio. Le prime si riferiscono all'ordine delle famiglie che ogni Stato considera come

(1) Art. 6, vedi *Annuaire de législation française*, 1882, pag. 30, note de Henry Pascaud.

(2) Art. 11, vedi nell'*Annuaire de législat. etrang.*, 1876, le note di Eugéne Mir, alla pag. 554.

(3) *Bullettin d. Soc. de Leg. Comp.*, Giugno, 1883, pag. 413-454.

(4) § 1, Cap. IX del Codice Svedese del matrimonio; § 1, Cap. XV, del Codice di Procedura Svedese, e Corte Suprema di Svezia 11 Febbraio 1885, Larsson e Hansson, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 748-9.

(5) Laurent, op. cit., vol. V, pag. 128-9.

elemento precipuo dell'ordine della società; non importa se alcune, esaminate a rigore di ragione, non corrispondano ai veri principî secondo i quali le famiglie dovrebbero essere rette con maggior rispetto degli individui e maggiore profitto dello Stato: basta che questo le consideri come essenziali al buon andamento delle famiglie e di se stesso, perchè esse interessino l'ordine costituito in quello Stato, e perchè come tali siano accolte dal diritto internazionale privato, che può consigliare e desiderare su alcuni punti l'uniformità del diritto secondo determinati criterî, ma che nella delimitazione delle sfere di competenza dei diritti positivi esistenti in un dato momento, deve riconoscere come interessanti l'ordine interno di uno Stato, quelle norme, qualunque esse siano, che quello Stato impone alle famiglie circa alla vita coniugale, la disciplina famigliare ed i rapporti personali dei coniugi fra loro.

Le altre conseguenze personali che abbiamo esaminate non sono parte integrante della vita famigliare e del suo ordine interno, ma sono conseguenze dello stato coniugale sulla capacità giuridica dei coniugi in genere e della moglie in ispecie; la loro osservanza non interessa l'ordine interno della famiglia e non si connette coll'ordine interno dello Stato, più che non vi si connetta l'osservanza di qualsiasi altra norma legislativa circa la capacità delle persone. Se una donna italiana o spagnuola agisce in Francia nei suoi rapporti coi terzi in virtù di un'autorizzazione generale del marito, o se una donna austriaca agisce in Italia senza veruna autorizzazione, l'ordine interno della Francia o dell'Italia non ne resta punto offeso, perchè ciò non altera i rapporti personali dei coniugi nell'interno della casa, l'assetto disciplinare ed educativo della famiglia quale le leggi dello Stato dove essa si trova la vogliono costituita e quale essa come elemento d'ordine e come esempio alle altre famiglie allo Stato che la ospita interessa che sia. Ma se un marito inglese tenesse in Francia in prigione domestica la moglie, se un marito francese volesse farla ricondurre in Italia presso di se *manu militari;* lo Stato francese ed italiano rispettivamente non potrebbero nè concederlo nè tollerarlo, perchè ne sarebbe turbato l'assetto della famiglia come tale e nei suoi rapporti colla società in quella forma che quegli Stati civili vi diedero ed hanno interesse di mantenervi. E, quantunque siasi sostenuto il contrario, credo che una donna italiana non potrebbe sottrarsi in Francia od in Inghilterra alle maggiori sanzioni imposte in quei

due paesi all'obbligo della coabitazione, perchè secondo il punto di vista da cui partono quelle legislazioni, il maggiore rigore contro la moglie che si sottrae all'obbligo della coabitazione è così essenziale all'ordine delle famiglie e perciò all'ordine dello Stato, come in Italia la maggiore mitezza e la maggiore autonomia. In un paese si ritiene necessario che la famiglia non legalmente separata o disciolta possa dal suo capo essere tenuta unita anche colla forza; in un altro si ritiene una causa di turbamento o di malo esempio per la prole il tener unite mercè la forza due persone le cui anime ormai si sono disgiunte; il mezzo a cui si ricorre è diverso, ma la sollecitudine è identica: quella di tutelare l'ordine delle famiglie come e quanto si ritiene che ciò interessi all'ordine dello Stato. Tale principio risulta chiaramente sancito dal diritto argentino secondo il quale i diritti ed i doveri personali dei coniugi sono retti dalle leggi del domicilio matrimoniale finchè essi vi risiedono, e, non appena lo mutino, dalla legge del nuovo domicilio. (1)

La regola che si dovrebbe dedurre da tutto ciò è molto semplice e chiara: tutte le norme che si riferiscono all'ordine interno ed alla disciplina della famiglia obbligano, come interessanti l'ordine pubblico dello Stato, tutti coloro che ne abitano il territorio; tutte le norme che regolano le conseguenze del matrimonio sulla capacità giuridica devono soggiacere alle norme comuni del diritto internazionale privato relative alla capacità; (2) e le norme che regolano l'assistenza ed il soccorso dei membri di una famiglia fra loro, anche in quanto l'obbligo di quel soccorso può considerarsi come una conseguenza del matrimonio, devono considerarsi come obbligatorie per tutti gli abitanti quando la legge del paese dove i coniugi si trovano imponga il soccorso, ed obbligatorie per coloro cui la propria legge personale l'imponga anche dove non siano imposte ai sudditi dello Stato. Infatti sarebbe turbato l'ordine della famiglia se un coniuge potesse sottrarsi dal soccorrere un parente proprio o dell'altro coniuge, cui le leggi dello Stato riconoscono il diritto all'assistenza, (3) ma quell'ordine non è punto

(1) C. C., Argentino, art. 160-4.

(2) Vedi il Capitolo: « Dello Stato e Capacità della persona ».

(3) Circa la competenza, vedi Trib. della Senna, 1 Agosto 1885, e C. di Parigi, 31 Marzo, 1886; Pipper c. Pipper, *Journal de Droit Intern. Privé*, 1886, pag. 325-8.

turbato se, anche quando la legge dello Stato non lo comandi, si imponga dai magistrati ai coniugi stranieri di prestare ad un parente un soccorso imposto dalla legge del loro paese.

Il riconoscimento di tali regole sarebbe, oltrechè giusto, tanto più utile e fecondo d'armonia in quanto rispetto alle prime impererebbe la territorialità in un campo nel quale la differenza fra le legislazioni è minore, mentre la personalità avrebbe una larga parte rispetto a quelle, in cui sono maggiori le divergenze legislative.

198. — Importa ora vedere in quanto a tali regole si accostino la norme di diritto internazionale privato accolte dalla legislazione e dalla pratica dei varî paesi. Rispetto alla prima categoria di conseguenze del matrimonio la soluzione adottata in Italia risulta chiaramente dall'articolo 6 e dall'articolo 12 del Titolo Preliminare; trattasi infatti di rapporti famigliari, ma trattasi anche di materia interessante l'ordine pubblico ed il buon costume; perciò i rapporti di coabitazione, fedeltà ed assistenza, di disciplina famigliare e di alimenti sono di quelli che, quantunque riguardino le persone, devono regolarsi nel nostro territorio secondo la legge italiana così per gli italiani come per gli stranieri. Anche quando la legge lascia facoltà ai nazionali di determinare per convenzione le condizioni della propria vita famigliare, sottrae però sempre quell'ordine di rapporti all'azione della loro libera volontà. Essi non possono derogare nè ai diritti che appartengono al capo della famiglia, nè a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno ed all'altro coniuge. (1) E se i rapporti e gli obblighi son quelli della legge italiana anche le sanzioni non possono essere se non quelle da essa contemplate; il marito straniero come capo della famiglia ha infatti diritto a far coabitare seco la moglie non tanto perchè così vuole la sua legge, quanto perchè lo imporrebbe la legge italiana anche se quella che lo regge tacesse; perciò a verun'altra misura egli potrà ricorrere contro la moglie, se non a quelle imposte dalla legge italiana.

La giurisprudenza francese applica lo stesso principio. Il Tribunale di Evreux (2) applicò all'obbligo di coabitazione di una moglie straniera la legge francese, perchè « l'obbligation pour la femme d'habiter avec son mari est un effet du mariage; que fondé

(1) C. C., art. 1379.
(2) 15 Febbraio 1861, ap. Fiore, ediz., pag. 561-5.

sur la religion, la morale et le droit international en usage chez tous les peuples, elle est absolue, d'ordre pubblic, et suit la femme en tout lieu; que par une conséquence necessaire de ces principes, une obligation de cette nature doit obtenir la sanction des Tribunaux français ». E la Corte d'Appello di Parigi, confermando il 20 Aprile 1880 una sentenza del Tribunale Civile della Senna del 3 Maggio 1879 (1) decise che « s'il est vrai que les effets civils du mariage contracté entre étrangers ne peuvent être reglés que conformement à leur statut personnel, il n'en est pas de même des effets de ce mariage qui derivent de la loi naturelle et du droit des gens, parmi lequels il faut citer l'obbligation imposée au mari de recevoir la femme et de pourvoir à ses besoins ». Così rispetto alla prestazione degli alimenti il Renault (2) ritiene che secondo il diritto francese si debba imporla fra coloro fra i quali la ammette la legge francese, riconoscendola anche fra quelli stranieri cui, anche nel silenzio della legge francese, essa è imposta dalla legge del paese cui appartengono. Basta citare la soluzione data dai due diritti che riconoscono più largamente l'estraterritorialità dello statuto personale, per persuadersi come in tutti i paesi la natura stessa delle cose imponga la territorialità del regolamento di quei rapporti come interessante per eccellenza l'ordine pubblico. L'indole di tali rapporti che riguardano doveri reciproci imposti dalla legge a persone legate da vincoli famigliari, fa poi sì che il predominio universale della territorialità si manifesti sempre in occasione dell'applicazione anche agli stranieri delle norme sancite rispetto a quelli obblighi nel territorio dove si trovano, ma non dia luogo a riconoscimento legale di quell'applicazione anche nel paese a cui quelle persone appartengono; non vi sono infatti nella massima parte dei casi conseguenze economiche e reali cui si debba dare esecuzione in quest'ultimo paese; ed il solo indizio di non riconoscimento possibile da parte di questo, si avrebbe se un marito potesse essere passibile nel proprio paese di risarcimenti verso la moglie per averla trattata in altro Stato con maggior rigore di quello consentito dalle loro leggi personali; ma di tali casi non ne conosco alcuno. So bensì che tale soluzione conforme alla territorialità è criticata da autorevoli scrittori (3) che vorrebbero regolata

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1879, pag. 489 e 1880, pag. 300.

(2) *Revue Critique*, 1883, pag. 722-4.

(3) Laurent, l. c., pag. 105, 6, 7, 10, 11, 12, 14. Weiss, pag. 672-3 e n

la podestà maritale, la disciplina domestica e l'obbligo della coabitazione dallo statuto personale; ma credo che tali critiche dipendano da non aver ben distinto l'intima diversità delle due categorie di conseguenze personali derivanti dal matrimonio. (1)

499. — Con molto maggior ragione rispetto a quelle della seconda specie il Laurent (2) criticava chi le ritiene appartenenti allo statuto reale e sostiene che, di fronte alla legge francese sulla autorizzazione maritale, la donna straniera non potesse prevalersi della legge personale che non richiedesse autorizzazione veruna. La soluzione da lui preferita è quella che risulta adottata dal diritto italiano, trattandosi di capacità della persona e di rapporti di famiglia non interessanti l'ordine pubblico ed il buon costume. Le disposizioni del nostro codice sul bisogno della autorizzazione maritale e sulla facoltà del marito di dare una autorizzazione generale, non sono dunque applicabili ai coniugi stranieri. Perciò una donna francese sarà considerata anche in Italia incapace di stare in giudizio, di alienare e di acquistare senza il concorso del marito, e non sarebbe valida una autorizzazione generale datale da lui, mentre, per gli effetti in Italia, potrebbe prevalersene qualunque donna italiana stabilita all'estero; una donna spagnuola sarà retta anche in Italia dalla legge del 1870 e per pubblicare un libro avrebbe bisogno del consenso del marito; una donna svizzera vi avrà quella maggiore o minore capacità che risulta dal diritto del suo cantone; una donna inglese vi sarà colpita da incapacità generale attenuata e modificata soltanto dalla legge del 1882, ed una donna russa sarà indipendente dal marito in ogni rapporto giuridico, eccettuata la sottoscrizione di lettere di cambio.

La giurisprudenza francese accoglie pure nella sua forma generica questo principio della estraterritorialità delle leggi regolanti la capacità della donna maritata. La Corte di Chambery decise in questo senso il 9 Gennaio 1884 (3) a proposito di una moglie vallesiana, cui la legge del suo cantone impone per poter obbligarsi la condizione dell'autorizzazione del marito e se gli interessi del

(1) A quelle sole della prima specie si riferisce la regola 10, 1° al. proposta dal Koenig all'Istituto di diritto internazionale ed affermante la prevalenza della legge del domicilio attuale dei coniugi. *Annuaire de l'Institut de Dr. Int.*, 1886, pag. 75.

(2) L. c., pag. 134.

(3) Fevat e Chappaz, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 180-2.

marito sono in opposizione ai suoi o se esso è interessato, l'autorizzazione della camera pupillare; per invalidare la sua obbligazione la Corte non si appoggiò agli articoli 215-224 del Codice Civile francese, ma agli articoli 93 e 98 del Codice Vallesiano. Così il Tribunale della Senna (1) riconobbe l'applicabilità della legge straniera anche quando questa sia in alcuni casi più rigorosa ed in altri più larga della francese decidendo « qu'une femme mariée de nationalité anglaise est régie par les lois de son pays; les dispositions de la loi française sur l'autorisation maritale ne lui sont pas applicables ». Lo stesso tribunale riconobbe (2) che una italiana può prevalersi in Francia della autorizzazione generale di contrattare datale dal marito; e la Corte di Parigi (3) applicò la legge italiana al giudizio di capacità di una donna francese divenuta italiana per matrimonio. Trattavasi del testamento di una signora de Saint Julien, francese d'origine, vedova in prime nozze di un Lombes suddito inglese e rimaritata a Firenze con un suddito italiano di nome Giusti. Dopo la morte di lei avvenuta a Firenze il 24 Febbraio 1877 il marito scoprì ch'essa aveva consegnato ad Aubert agente di cambio a Lione dei valori mobiliari dandone la proprietà ai figli di lui sotto riserva della corresponsione delle rendite a lei durante la sua vita. Il Giusti citò l'Aubert al Tribunale della Senna per ottenere la restituzione di quei titoli, ma la sua domanda fu respinta dal Tribunale e dalla Corte, perchè era riconosciuta come valida l'autorizzazione generale da lui data alla moglie nel contratto del matrimonio di disporre dei proprii beni, e perchè qualunque dubbio sulla validità di quella autorizzazione pattuita nel contratto anteriore al matrimonio, e perciò prima che la defunta diventasse italiana, era tolto dal fatto che fin dal primo matrimonio con un inglese essa aveva cessato di essere francese acquistando la cittadinanza britannica.

500. — Ma tale riconoscimento della prevalenza della legge personale dei coniugi nel regolare gli effetti personali del matrimonio trova ancora un limite in Francia quando si tratta di considerare gli effetti di quella capacità in relazione agli immobili, nel qual caso la giurisprudenza è sempre troppo disposta ad applicare colla

(1) 6 Agosto 1878, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1879, pag. 62.

(2) 1 Agosto 1881, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 617.

(3) 17 Dicembre 1883, Giusti c. Aubert, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 289-290.

maggiore estensione l'articolo 3 del Codice Civile. Il Laurent (1) cita il caso di una donna francese che, dopo aver perduta la nazionalità in seguito al suo matrimonio contratto in Spagna con uno spagnuolo, tornò ad abitare col marito in Francia, e prendendo la qualità di donna separata, vi acquistò un immobile. Il marito avendo stabilito una casa di banca prese a prestito la somma di centomila lire dando in ipoteca il fondo della moglie che intervenne come debitrice solidale. Dopo il fallimento del marito sorse la questione se l'obbligazione contratta dalla moglie e l'ipoteca sul fondo che le apparteneva fossero valide. Il Tribunale della Senna pronunciò la nullità ritenendo che, trattandosi di una moglie spagnuola, dovesse applicarsi la legge del suo paese secondo la quale essa non può obbligarsi come garante del marito nè solidariamente con lui. Ma la Corte d'Appello infirmò quella sentenza con un giudicato che, dal punto di vista dei principii, il Laurent giudica contenere più spropositi che parole, (2) e nel quale ritiene che « le domaine hypotéqué à la dite obbligation étant situé en France, il s'ensuit qu'il y a lieu de juger la capacité de la femme et la validité de son obbligation d'après les lois françaises ».

Con questa medesima riserva rispetto agli immobili si può ritenere accolto il principio della personalità come regolante la capacità della moglie anche in Austria, (3) mentre rispetto alla Svizzera si hanno esempi di un più pieno riconoscimento della legge personale dei coniugi. (4) Sui conflitti che possono elevarsi fra i paesi che ascrivono allo statuto della persona la legge del domicilio e quelli che preferiscono la nazionalità e su quelli cui può dar luogo la territorialità prevalente in Inghilterra ed in America non solo per le cose ma anche per le convenzioni, è inutile insistere perchè non si potrebbe che ripetere quanto si disse parlando dello stato e della capacità della persona. (5) Riassumendo, la norma adottata dal diritto italiano rispetto alle conseguenze che derivano dal matrimonio sulle attitudini giuridiche dei coniugi è più di tutte le altre

(1) L. c., pag. 142-3.

(2) L. c., pag. 143.

(3) Bulmerincq, l. c.

(4) Corte di Giustizia Civ. di Ginevra, 11 Giugno 1877; Corte d'Appello Vallesiana, 5 Febbraio 1878, e Trib. Fed. Svizzero, 29 Dicembre, 1877: *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 407 e segg.

(5) Vedi cap. « dello stato e della capacità della persona ».

in armonia colla regola ideale che abbiamo tracciata. Altrove la stessa regola è pure riconosciuta, ma tutto quanto riguarda i beni immobili è sottratto alla sua influenza. (1)

Altro limite variamente concretatosi nei varii paesi è l'ordine pubblico: così mentre secondo talune decisioni la incapacità della donna risultante dalla legge del suo paese non potrebbe essere opposta nei paesi secondo le leggi dei quali la moglie sarebbe capace a chi, credendola tale, (2) trattò con essa in buona fede; secondo altre invece ciò non dovrebbe mai avvenire ad eccezione del caso di arti fraudolenti, spettando a chi tratta colla straniera informarsi della sua capacità. Può dirsi del pari una misura d'ordine pubblico quella secondo la quale in un paese si sostituisce coll'azione delle proprie autorità l'autorizzazione maritale o giudiziaria che la donna maritata colà residente è nell'impossibilità di ottenere nel proprio paese; così la Corte di Torino, pur ritenendo che la donna maritata francese che voglia stare in giudizio in Italia abbia bisogno della autorizzazione del marito, osservò che tale autorizzazione non sarebbe necessaria se il marito fosse assente cioè se pur essendo nota la sua dimora egli risiedesse all'estero mentre la moglie abita in Italia, nel qual caso l'autorizzazione potrebbe esserle concessa dalla Corte d'Appello. (3) Un altro dubbio circa la scelta fra due leggi può sorgere dal mutamento di nazionalità durante il matrimonio. Se la nuova nazionalità è acquistata da entranbi i coniugi il dubbio è presto risolto; trattandosi di attitudini personali intimamente collegate colla legge che regola la persona, tutti i sistemi di diritto che sottopongono questa alla legge nazionale dovranno ritenerla regolata dal diritto della nuova nazionalità; ma se il mutamento è compiuto da uno solo dei coniugi, quale delle due nazionalità dovrà prevalere? Pare ammesso in tal caso dalla giurisprudenza, che trattandosi d'effetti del matrimonio sulla capacità, ed essendo il matrimonio un atto essenzialmente volontario, debba perdurare la condizione antecedente, quando entrambi i coniugi non mutino cittadinanza. (4)

(1) Vedi Laurent, l. c., pag. 141; cit. la decis. della Corte di Liegi giudicante che lo statuto che vieta al marito di vendere i beni della moglie è reale.

(2) Bard, pag. 227-8.

(3) *Annali*, 1868; 2. 292.

(4) Vedi per la legge del marito che mutò solo la nazionalità, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1879, pag. 273 e 1880, pag. 339; per la conservazione dello

501. — Di indole diversa sono quelle conseguenze del matrimonio che o per libera stipulazione dei coniugi o per effetto del fatto stesso del connubio considerato in una determinata legislazione, si riferiscono al regime patrimoniale dei coniugi e ne determinano l'assetto: qui non trattasi più di considerare la disciplina domestica, nè le alterazioni che dalla convivenza in quella disciplina possono derivare sulla capacità giuridica dei coniugi a trattare coi terzi o fra loro; trattasi invece delle influenze che lo stato matrimoniale esercita sui beni dei coniugi e su tutte quelle risorse da cui la famiglia può trarre il proprio sostentamento e la propria prosperità. Come il matrimonio è una società di corpo e di anima, sarà essa altresì una società eguale di beni? O spettando al marito l'ufficio di capo della famiglia, come verrà determinata la parte che spetta alla moglie nel mantenerla? o dovranno i beni della moglie sottostare alla disposizione del marito come la persona di lei alla sua disciplina, così che esso apparisca come unico signore non soltanto del focolare domestico, ma anche dei beni, onde è tratto il bisognevole per la vita della famiglia? Le leggi dei varii Stati rispondono variamente a tali questioni; pur essendo identico in tutto il mondo civile il concetto della famiglia, il criterio dei mezzi necessarii a meglio conseguire il suo fine si sviluppò diversamente presso i diversi popoli, sicchè l'assetto economico può dirsi ora variare secondo i varî gruppi etnografici e trovare le sue ragioni nelle tradizioni del loro svolgimento giuridico.

Un principio generico però prevale quasi dovunque nel regolamento economico della famiglia: pochi sono gli Stati che impongono ai coniugi loro sudditi un determinato regime come obbligatorio; la massima parte invece lascia all'iniziativa delle parti il libero regolamento dei proprii rapporti economici, salve alcune riserve d'ordine pubblico, e si limita a prescrivere un determinato regime per quei coniugi che abbiano creduto preferibile astenersi dall'adottarne uno convenzionale. Ogni paese ha dunque un regime legale, ma per essere legale questo non è quasi in veruno Stato obbligatorio, bensì prescritto per coloro che non ne abbiano adottato uno diverso, fra quelli che la legge lascia alla loro libera scelta. Ora volendo vedere con qualche profitto quali siano

stato anteriore, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1874, pag. 45 e segg., e *Revue Critique*, 1883, pag. 722 e segg.

le regole di diritto internazionale privato vigenti in questa materia, è necessario conoscere l'indole dei diritti particolari su tale argomento e passare pertanto una rapida rassegna ai regimi esistenti nei diritti dei varii paesi. L'accennare per ciascuno Stato alle principali regole di tutti i regimi legali e facoltativi che vi sono riconosciuti sarebbe troppo lungo, ma è possibile astenersi dal farlo senza restare per questo ignari di taluni dei regimi fra i quali il diritto internazionale privato delinea le sfere di azione. Infatti i regimi facoltativi in un paese ricompariscono in altri come legali; sicchè basterà accennare a questi ultimi per avere quelle nozioni positive che son necessarie e sufficienti per non campare in aria le regole, i casi, e gli esempi del diritto internazionale.

502. — Il regime adottato dal Codice italiano nella mancanza di convenzioni matrimoniali, è certo il più logico e il più corrispondente al riconoscimento dell'eguaglianza dei diritti e degli obblighi spettanti ai due coniugi; l'articolo 1425 infatti statuisce che « sono parafernali tutti i beni della moglie che non siano stati costituiti in dote » sicchè quando veruna costituzione di dote sia avvenuta, la donna continua a godere dopo il matrimonio di tutti i proprii beni a titolo di parafernali, col solo obbligo di contribuire in proporzione di questi al mantenimento della famiglia. (1) Su questi beni (2) la moglie ritiene il dominio, l'amministrazione ed il godimento, senza che il marito abbia il diritto nè di amministrarli nè di esigerne i crediti; salve le disposizioni circa l'autorizzazione maritale richiesta dalla legge per completare la capacità giuridica della moglie per gli atti di alienazione. (3) Costituito da essa procuratore per l'amministrazione dei suoi beni parafernali, a condizione che renda conto dei frutti, egli è obbligato verso di lei come qualunque altro procuratore; (4) soltanto se quella condizione non sia stata apposta o se egli abbia amministrato senza procura ma anche senza opposizione della moglie, allo scioglimento del matrimonio o ad una domanda di lei, non è obbligato a consegnare che i frutti esistenti (5) e tale disposizione vale anche per la moglie che avesse goduti i beni del marito nelle stesse condizioni. (6) Una volta poi sottopostisi a questo regime, i coniugi italiani trovansi

(1) Art. 138 e 1426. — (2) Art. 1427. — (3) Art. 134.
(4) Art. 1428. — (5) Art. 1429. — (6) Art. 1532.

nella impossibilità di mutarlo, imponendo la legge (1) la immutabilità del regime matrimoniale. Quando invece i coniugi vogliono approfittare della facoltà concessa loro dalla legge e determinare con un atto di volontà quale sarà per essere l'assetto economico della propria famiglia, devono sempre farlo prima del matrimonio e per atto pubblico davanti al notaio (2) non potendo mutarlo successivamente che mediante un altro atto pubblico prima del matrimonio, (3) e non mutarlo del tutto dopo il matrimonio.

Ma benchè questo della parafernalità sia il regime legale quando manchino convenzioni che ne istituiscano uno diverso, e benchè abbia una grande importanza come criterio sussidiario del regolamento di tutti quei beni sui quali i coniugi non abbiano diversamente disposto, pure esso non è certo il più usitato in Italia come regolatore di tutto il patrimonio dei coniugi; nella massima parte dei casi esso è in tutto od in parte eliminato dal regime dotale adottato dai coniugi approfittando della libertà lasciata loro dalla disposizione del Codice secondo la quale « la società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle convenzioni delle parti e dalla legge »; (4) dopo aver costituita la dote è loro poi vietato di aumentarla durante il matrimonio. (5) Sulla dote il marito ha diritti maggiori di quelli d'un semplice amministratore od usufruttuario che può avere sui beni parafernali; egli ne ha l'amministrazione durante tutto il matrimonio, e può agire contro i debitori e detentori della medesima, riscuoterne i frutti e gli interessi, esigerne la restituzione dei capitali, (6) nè è tenuto per legge a darne cauzione. (7) Inoltre siccome la dote è costituita per contribuzione ai pesi del matrimonio, così predomina il principio che quella debba continuare quanto questo ad esistere, e (8) la alienazione o l'ipoteca della dote è permessa soltanto quando tal caso sia stato preveduto e consentito nell'atto di costituzione, o quando (9) non disponendo su tale argomento l'atto di costituzione, al consenso dei coniugi si aggiunga l'autorizzazione data con un decreto del Tribunale, sotto l'autorizzazione del quale (10) verrà impiegato come dotale il prezzo ricavato da quella vendita, spettando del resto al marito su quei beni tutti i diritti e tutte le responsabilità dell'usufruttuario. (11)

(1) Art. 1385. — (2) Art. 1382. — (3) Art. 1383. — (4) Art. 1378.
(5) Art. 1391. — (6) Art. 1399. — (7) Art. 1400. — (8) Art. 1404.
(9) Art. 1405. — (10) Art. 1406. — (11) Art. 1408.

Tale stato di cose una volta istituito, continua in virtù del principio d'immutabilità del regime, finchè dura il matrimonio; solo nel caso che la condizione e la condotta del marito facesse correre pericolo alla moglie di perdere la dote, ne può essere chiesta da quella al Tribunale la separazione (1) anche indipendentemente dalla separazione personale; ed una volta ottenutala, la moglie ne riacquista la libera amministrazione, ma la dote conserva l'inalienabilità e la moglie resta sottomessa alla potestà maritale in quanto si riferisce agli atti per i quali è sancito il bisogno della autorizzazione. Il termine normale del regime dotale non si verifica invece se non collo scioglimento del matrimonio, dopo il quale incombe al marito od ai suoi eredi la restituzione. (2) Mentre il Codice Italiano, determinandone con cura tutte le condizioni, mostrò di favorire fra i regimi lasciati alla scelta dei coniugi quello dotale, tutto in esso dimostra un aperto sfavore a quello della comunione dei beni già introdotto nel primo Regno Italico dal Codice francese, ma ripugnante alle nostre tradizioni. Il nostro Codice limita infatti la libertà di stipulazione degli sposi riguardo a questo regime, vietando loro di contrarre altra comunione universale dei beni fuorchè quella degli utili, permettendo quest'ultima anche quando vi sia costituzione dotale (3) ed affidandone (4) l'amministrazione e la rappresentanza al solo marito che non può alienarne od ipotecarne se non a titolo oneroso i beni, la cui proprietà cade nella comunione. Entro a questi limiti segnati dalla legge le parti possono dunque scegliere in Italia fra la parafernalità che è il regime legale, e la dotalità e la comunione limitata o combinata con quella che sono i regimi facoltativi; oltre alle disposizioni proibitive già accennate che prevalgono sulla volontà delle parti come inerenti all'ordine pubblico, il Codice riserva espressamente, come è naturale, che le convenzioni matrimoniali non possano derogare nè ai diritti che appartengono al capo della famiglia, nè a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno ed all'altro coniuge (5) (perciò l'autorizzazione maritale resta necessaria anche nel regime della separazione), e che i coniugi non possano fare alcuna convenzione o rinunzia che tenda a mutare l'ordine legale delle successioni, (6) nè stipulare in modo generico che il loro ma-

(1) Art. 1418. — (2) Art. 1409-1417. — (3) Art. 1433.
(4) Art. 1438. — (5) Art. 1379. — (6) Art. 1380.

trimonio sarà retto da consuetudini e da leggi cui non siano legalmente sottoposti. (1) Da quest'ultima limitazione scaturisce non già che entro ai limiti consentiti dalla legge i coniugi non possano adottare in tutto od in parte un regime sancito da qualche legge estera, ma soltanto che debbano adottarlo specificamente come patto voluto da loro e non già con un riferimento generico alla legge straniera, che lo adotta come regime legale.

503. — Il regime matrimoniale inglese trasferito col diritto comune d'Inghilterra negli Stati Uniti vi aveva creato, come una necessaria conseguenza dei rapporti personali del matrimonio, l'arbitrio quasi assoluto del marito anche nella gestione dei rapporti economici. Tale sistema però fu modificato in non pochi fra gli Stati della Federazione Americana. Nello Stato di Nuova York una legge del 1848 fece una eccezione alla confusione delle due sostanze fino a quel tempo abbandonate alla libera disposizione del marito assicurando alla moglie la proprietà esclusiva ed il libero godimento di tutti i beni personali mobili ed immobili che possiede al momento del matrimonio, o che acquista più tardi per successione o per donazione. Riconosciuta così l'esistenza possibile di una sostanza che la moglie possa amministrare, una legge del 1849 permise alle donne maritate di assumere l'amministrazione dei beni confidati per loro uso ai « trustees ». Ma la separazione delle due sostanze fu completata dalle leggi del 1860 e 1862, in virtù delle quali tutto quanto la moglie possiede al momento del matrimonio od acquista in seguito a qualunque titolo, le appartiene separatamente, ed è sottratto ai creditori del marito; quei beni non rispondono che dei debiti della donna che ha piena facoltà di amministrarli e di goderne senza intervento altrui; essa riscuote le rendite, può dare quitanza valida, e può, senza autorizzazione maritale, comperare, vendere, ipotecare, obbligarsi, stare in giudizio ed altrimenti contrattare coi terzi. A Nuova York vige dunque il sistema della separazione dei beni, come in Italia, ma gli ostacoli che il bisogno dell'autorizzazione maritale oppone presso di noi all'operare dei suoi effetti su tutta la condotta dei coniugi e su tutta l'esplicazione della loro attività giuridica rispetto ai beni separati, in quello Stato non esiste del tutto e la separazione vi apparisce veramente completa. A tali concetti si va sempre più avvi-

(1) Articolo 1381.

cinando il diritto civile degli Stati Uniti. La proprietà *reale* (1) della moglie al momento del matrimonio vi rimane considerata in tutti gli Stati come separata proprietà di lei, ma è anche in molti Stati (2) libera da ogni ingerenza o controllo del marito. In molti Stati anche la proprietà *personale* (3) di una donna al momento del matrimonio rimane sola e separata proprietà di lei; (4) ma mentre in alcuni Stati (5) il marito ha il controllo e l'amministrazione di tutta la proprietà separata della moglie, in altri (6) ogni persona maritata, senza distinzione fra il marito e la moglie, ha lo stesso diritto e la stessa libertà di acquistare, amministrare, godere e disporre di ogni specie di proprietà come se non fosse maritata.

Così la proprietà *reale* acquistata dalla moglie dopo il matrimonio per successione legittima o testamentaria; (7) per compera (8) per donazione; (9) mercè il proprio lavoro; (10) od in

(1) Vedi Capitolo « Delle cose ».

(2) Nuovo Hampshire, Nuova Jersey, Pennsylvania, Ohio, Indiana, Wisconsin, Minnesota, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, West Virginia, Kentucky, Arkansas, Colorado, Wyoming, Mississipì, Florida e Distretto di Columbia.

(3) Vedi capitolo « Delle cose ».

(4) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Rhode Island, Connecticut, Pennsylvania, Nuova Jersey, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, West Virginia, Carolina del Nord, Tennessee, Missurì, Arkansas, Texas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Carolina del Sud, Georgia, Alabama, Mississipi, Florida, Luisiana, Nuovo Messico, Arizona e Distretto di Columbia.

(5) Texas, Idaho, Alabama, Florida, Arizona. — (6) Washington.

(7) Nuovo Hampshire, Maine, Vermont, Rhode Island, Nuova Jersey, Pennsilvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, West Virginia, Kentucky, Tennessee, Missurì, Arkansas, Texas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Georgia, Florida, Luisiana, Nuovo Messico, Arizona.

(8) Nuovo Hampshire, Maine, Vermont, Nuova Jersey, Pennsilvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, West Virginia, Tennessee, Missurì, Arkansas, Wyoming, Carolina del Sud, Georgia, Florida, Nuovo Messico.

(9) Nuovo Hampshire, Maine, Vermont, Nuova Iersey, Pennsilvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Iowa, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, West Virginia, Tennessee, Missurì, Arkansas, Texas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Idaho, Montana, Wyoming, Carolina del Sud, Georgia, Florida, Luisiana, Nuovo Messico, Arizona.

(10) Ohio, Virginia, Arkansas, Oregon, Nevada, Utah, Nuovo Messico.

ogni altra maniera (1) rimane esclusiva e separata proprietà di lei. In modo eguale è disposto in molti Stati di ogni proprietà *personale* acquistata per successione legittima o testamentaria, (2) per donazione (3) per compera (4) o senza distinzione di modo d'acquisto. (5) Così le è riservata in molti Stati la esclusiva proprietà dei suoi guadagni personali. (6) Nella massima parte degli Stati i rapporti economici fra coniugi possono da loro determinarsi mediante un contratto. Dovunque questo deve essere redatto in iscritto, ed in pochi Stati (7) è necessario l'intervento di due testimonii, o si richiede che sia riconosciuto e provato (8) come un *deed*. (9) In parecchi Stati (10) i contratti posteriori al ma-

(1) Rhode Island, Connecticut, Nuova Jersey, Pennsylvania, Michigan, Iowa, Minnesota, Nebraska, Delaware, Virginia, Carolina del Nord, Arkansas, Montana, Wyoming, Utah, Georgia, Carolina del Sud, Alabama, Mississipì, Nuovo Messico, Arizona e Distretto di Columbia.

(2) Nuovo Hampshire, Maine, Vermont, Nuova Jersey, Pennsilvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, Missurì, Arkansas, Texas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Idaho, Montana, Wyoming, Carolina del Sud, Florida, Nuovo Messico, Arizona.

(3) Nuovo Hampshire, Maine, Vermont, Nuova Jersey, Pennsilvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin. Jowa, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, Missurì. Arkansas, Texas, California, Oregon. Nevada. Colorado, Washington, Idaho, Montana, Wyoming, Carolina del Sud. Florida. Arizona.

(4) Nuovo Hampshire, Maine, Vermont, Nuova Jersey, Pennsilvania. Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, Missurì, Arkansas, Wyoming, Carolina del Sud, Florida.

(5) Vermont, Rhode Island, Connecticut, Nuova Jersey, Michigan, Minnesota, Delaware. Virginia, Tennessee, Arkansas, Montana, Wyoming, Utah, Carolina del Sud, Alabama, Mississipì, Nuovo Messico, Arizona e distretto di Columbia.

(6) Nuovo Hampshire, Maine, Rhode Island, Connecticut, Nuova Jersey, Pennsylvania, Ohio, Illinois, Wisconsin, Iowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, Missurì. Arkansas, Oregon, Nevada. Washington, Utah, Nuovo Messico, Arizona. — Stimson, l. c., pag. 719-730.

(7) Maine, Texas, Georgia, Luisiana. — (8) Carolina del Nord, Missurì, Arkansas, California, Nevada, Washington, Idaho, Arizona.

(9) Documento scritto su carta o su pergamena, sigillato e consegnato, ed atto a far prova che la persona da cui emana diede il suo consenso alle varie enunciazioni in esso contenute. Blackstone, ap. Lehr, l. c., pag. 250. Un *deed* regolare nella forma ha il valore di un atto autentico.

(10) Delaware, Carolina del Nord, Washington, Georgia.

trimonio sono validi quanto quelli antecedenti; ma in altri (1) i contratti non possono essere alterati dopo il matrimonio.

Il regime vigente nell'impero russo propriamente detto è una riprova del fatto che non sempre lo stesso spirito informa in un paese le istituzioni politiche e quelle civili; talora come in questo caso al rigido dispotismo che domina nelle prime fa contrasto nelle seconde l'eguaglianza e l'autonomia dell'individuo. E la causa ne è spesso nell'origine più antica che hanno nei varii paesi gli istituti civili in confronto dei politici, sicchè un organismo basato su quell'eguaglianza dei componenti la società che nelle origini reggeva la vita delle tribù, sussiste ancora nella famiglia, e conserva qualche traccia nel comune, mentre si è già dileguato e fu sostituito da organismo diverso nello Stato. Così in Russia i coniugi godono in comune dei beni appartenenti a ciascuno di essi e tale comunione di fatto è talmente radicata nei costumi che non si pensa quasi mai a regolare con un contratto i rapporti economici della società coniugale. (2)

Di fronte a questo regime che ha il proprio fondamento nella consuetudine, son rimaste lettera morta, secondo attesta il Lehr, le disposizioni dello *Svod*; ma anche queste ultime lungi dal distruggere il regime di fatto, tendevano anzi a sancire sotto altra forma, ed in modo più completo non solo l'eguaglianza, ma anche l'indipendenza economica dei due coniugi. Secondo il Codice il matrimonio lascia sussistere separatamente gli interessi della moglie e del marito. Tutto quanto questi possiedono al momento del matrimonio od acquistano comechessia posteriormente rimane in loro esclusiva proprietà. Uno di loro non può in verun modo ingerirsi negli affari dell'altro senza una procura espressa. La moglie non può essere chiamata responsabile per i beni del marito se non per quelle cose che avesse ricevute da lui ad una distanza di tempo minore di dieci anni dall'azione intentata contro di lui; nè il marito è responsabile per verun debito della moglie eccettuati quelli che essa avesse contratto nell'amministrazione dell'azienda domestica rispetto alla quale anche in Russia come dovunque la moglie è presunta mandataria del marito. Così l'uno come l'altro coniuge ha il diritto di alienare e di ipotecare i proprii immobili e di disporne in ogni

(1) Texas, Idaho, Luisiana, Arizona.
(2) Lehr, *Dr. Civil Russe*, pag. 41.

guisa senza il consenso dell'altro; e nulla vieta loro di trasferirsi reciprocamente i proprii beni così a titolo oneroso come gratuito.

Nei governi di Tchernigof e di Poltava la legge autorizza una deroga al principio della separazione dei beni, ammettendo il regime dotale; i coniugi godono in comune i frutti della dote, e su questa la moglie non può fare durante il matrimonio alcun atto di disposizione che leda tale diritto di godimento. Il marito dal canto suo deve garantire la dote su uno o più dei proprii immobili che gli è vietato perciò di alienare e di ipotecare senza il consenso della moglie. Una sentenza della Corte di Cassazione del 1870 interpretò poi restrittivamente tali disposizioni giudicando che il diritto accordato al marito sulla dote non si estende ai beni acquistati dalla moglie durante il matrimonio.

504. — L'idea che il marito sia il capo della famiglia combinata con quella che la moglie debba considerarsi in una condizione di eguaglianza verso di lui e che la famiglia sia l'ente unico e collettivo che possieda quanto fu acquistato dai singoli suoi membri, informò i rapporti coniugali nella antica società germanica, e da tale idea si sviluppò il regime della comunione dei beni. Presso molti popoli di origine germanica quel regime si modificò a mano a mano che vennero in rapporto col mondo romano, ma restò nella sua purezza in quelle società germaniche che, più remote geograficamente dalla società medioevale del sud dell'Europa, furono anche moralmente e giuridicamente sottratte in modo più completo alla sua influenza. E come bisogna cercare nei monumenti religiosi di quei popoli che furono tramandati fino a noi nelle saghe islandiche le traccie della fede professata dalla famiglia etnografica da cui si staccarono, così nell'organizzazione della famiglia che sussiste tuttavia nella maggior parte della Scandinavia bisogna ricercare l'esempio vivente dell'organizzazione familiare comune a tutti i popoli germanici nella loro origine. (1)

Il regime della comunione universale dei beni è riconosciuto come regime legale dal Codice Danese del 1683 esteso quattro anni dopo alla Norvegia e successivamente all'Islanda; ed ha quindi applicazione in tutti quei casi, e sono i più, nei quali i coniugi non stipulino un regime diverso. Il marito è amministratore ed arbitro

(1) Vedi D'Olivecrona, *Précis historique sur l'origine de la communauté de biens entre époux*, *ap. Deylin*, pag. 77.

della comunità, ne amministra gli immobili, e dispone dei mobili e dei valori mobiliari, salvo l'eccezione stabilita in Danimarca dalla legge del 4 Maggio 1880 per i prodotti dell'industria personale della moglie che sono sottratti alla comunione. (1) La comunione si scioglie allo scioglimento del matrimonio; pagati i debiti della comunione ciò che resta si divide per metà. I coniugi possono regolare diversamente i loro rapporti economici mediante il contratto di matrimonio, che dev'essere antecedente alla celebrazione dell'unione coniugale e fatto con una certa forma di pubblicità, ma la scelta dei coniugi non può cadere che sopra una limitazione del regime della comunione o sul regime opposto a questa (2) essendo ignoto così in Danimarca come in Norvegia quello dotale. (3)

La comunione universale dei beni vige pure come regime legale in Olanda, dove i contratti di matrimonio non hanno altro ufficio che quello di limitarla sia escludendone alcuni beni determinati sia riducendola alle proporzioni in cui fu ammessa come facoltativa del Codice Italiano. Il contratto di matrimonio deve in ogni modo essere stipulato prima del matrimonio e davanti a notaio; dopo il matrimonio il regime così convenzionale come legale non può essere più mutato. La divisione dopo sciolto il matrimonio si fa per metà; ed anche durante il matrimonio la moglie può tanto in Olanda, quanto in Danimarca, in Norvegia ed in Islanda domandare giudiziariamente (4) la separazione dei beni.

Lo stesso regime vige in Finlandia, dove sono però eccettuati dalla comunione i beni rurali ereditati od acquistati prima del matrimonio da uno dei coniugi, il loro valore se furono venduti ed i beni donati ad uno dei coniugi a condizione che non cadano nella comunione. (5) Fra i paesi non germanici il solo che abbia adottata la comunione universale come regime legale è il Portogallo. La comunione nasce di diritto quando vi sia stata celebrazione di matrimonio religioso e coabitazione dei coniugi. L'attivo comprende tutti i beni mobiliari ed immobiliari, presenti e futuri dei due coniugi, i soli debiti comuni gravano sulla comunione, e le alienazioni dei beni immobili abbisognano del concorso della moglie la quale così, avendo vincolata la propria fortuna a quella del ma-

(1) *Annuaire de lég. étr.*, vol. 10, pag. 533

(2) Vedi pag. 181, 185, 6. — (3) Deglin, pag. 83-85.

(4) Deglin, pag. 91-3.

(5) *Annuaire de lég. comp.*, vol. 9, 1880, pag. 742.

rito si assicura che non possa senza l'intervento di lei venire dilapidata. Il contratto di matrimonio può restringere o trasformare la comunione combinandola col regime dotale o combinandola o sostituendola con quello dei parafernali. (1) Il cantone di Basilea città con una legge del 10 Marzo 1884 mantenne la comunione universale come regime legale, ma ne modificò alquanto le condizioni in senso favorevole alla moglie; mentre antecedentemente alla dissoluzione del matrimonio per causa di morte, la moglie od i suoi eredi non avevano diritto che ad un terzo ed il marito od i suoi eredi a due terzi; ora il coniuge sopravvivente preleva senza distinzione due terzi ed il resto spetta agli eredi del coniuge premorto. In caso di divorzio ciascuno riprende quanto ha portato od ereditato; e l'importo degli acquisti è ripartito dal giudice. (2) I coniugi possono escludere la comunione adottando la separazione dei beni, ma il contratto deve precedere il matrimonio: e mentre quando trattasi di regolare le conseguenze della comunione in caso di morte in modo diverso da quello che risulta dalla legge basta che il contratto sia presentato ad un notaio che ne constati la data di presentazione, quando si tratta di adottare il regime della separazione è sottomesso alla forma notarile e non produce effetti riguardo ai terzi se non che dopo l'iscrizione nel registro di commercio e la pubblicazione ufficiale.

505. — L'influenza germanica non conseguì un risultato così pieno in Ispagna come in Portogallo, essendovisi limitata la comunione legale ai soli acquisti. Essa vi si compone di tutti i beni che l'uno o l'altro dei coniugi acquista durante il matrimonio a titolo oneroso; dei miglioramenti fatti durante il matrimonio ai beni dei coniugi; delle rendite e dei frutti dei beni che essi possedevano al momento del matrimonio o che hanno acquistato più tardi a titolo oneroso o gratuito; dei redditi che i coniugi ricavano dall'esercizio d'un mestiere, di un'industria e d'una qualsiasi professione od ufficio, e di tutti i beni che alla dissoluzione del matrimonio i coniugi od i loro aventi causa non potranno dimostrare proprii. (3) Durante il matrimonio i diritti dei coniugi sulla comunione non sono uguali; il marito può disporre dei beni che la com-

(1) Deglin, pag. 60-6.
(2) *Annuaire de leg. étran.*, 1885, pag. 545-553.
(3) Lehr, *Dr. Civil Espagnol*, pag. 120-2.

pongono per atto tra vivi, mentre il diritto di proprietà della moglie resta latente e soltanto potenziale fino allo scioglimento del matrimonio. Quando questo si verifichi i beni comuni vengono divisi per metà. Questo regime può essere combinato o sostituito con quello dei beni parafernali o con quello dotale mediante un contratto di matrimonio che dev'essere fatto per atto autentico; ma nulla vieta di costituire od aumentare una dote così dopo come prima del matrimonio. In realtà ai due regimi facoltativi ricorrono più spesso la classi nobili, mentre le classi borghesi e popolari omettono per lo più di redigere un contratto attenendosi al regime legale. (1)

Nella Repubblica Argentina invece le convenzioni fra coniugi sono proibite, ed è obbligatorio il regime della comunione ridotta agli acquisti. (2)

506. — Il Codice francese (3) lascia al contrario piena libertà ai coniugi di regolare come vogliono la società coniugale rispetto ai beni, purchè le loro stipulazioni non siano contrarie ai buoni costumi e siano osservate le modificazioni contenute nel Capo I del Titolo V. Al momento della redazione del Codice due regimi avevano titoli per essere riconosciuti come legali in mancanza d'un contratto; nei paesi di diritto scritto vigeva quello dotale, nei paesi di diritto consuetudinario quello della comunione. Quest' ultimo ebbe il sopravvento e fu stabilito (4) che in mancanza di stipulazioni speciali che deroghino al regime della comunione o che lo modifichino, le regole stabilite nel Codice rispetto a questa formeranno il diritto comune. Mentre la comunione legale del diritto spagnuolo non comprende che gli utili come la comunione facoltativa del diritto italiano, quella del diritto francese comprende anche i mobili. Il suo attivo dunque si compone fin dal momento del matrimonio dei mobili presenti e futuri, delle rendite dei beni proprî e degli immobili acquistati durante il matrimonio non per donazione o successione; (5) gli altri restano proprî dei coniugi, ma la comunione ha su quelli il diritto d'usufrutto. Il marito (6) amministra solo i beni comuni e può venderli, alienarli ed ipotecarli senza l'intervento della moglie; ma egli (7) non può disporre per

(1) Deglix, l. c., pag. 56. — (2) Pascaud, l. c.
(3) Art. 1387. — (4) Art. 1393 e 1400.
(5) Art. 1401-6. — (6) Art. 1421. — (7) Art. 1422.

atto fra vivi a titolo gratuito degli immobili della comunione nè della totalità o di una quota della sostanza mobiliare se non per dare uno stabilimento ai figli comuni, e la disposizione che ne facesse per atto di ultima volontà (1) non può eccedere nei suoi effetti la parte che gliene spetta nella comunione. Egli amministra (2) anche i beni particolari della moglie, ma non può alienarli senza il permesso di lei, ed è responsabile di qualunque deperimento verificatosi per sua colpa in quei beni. La comunione si scioglie collo scioglimento del matrimonio o colla separazione dei beni domandata in giudizio dalla moglie; (3) nè essa può continuare rispetto ad un coniuge, come in alcuni diritti germanici e nell'antico diritto francese, cogli eredi del coniuge premorto.

Se i coniugi non vogliono sottomettersi a questo regime sono liberi di modificarlo o di sceglierne un altro; le convenzioni matrimoniali devono però essere redatte prima del matrimonio per atto di notaio, e non possono in verun modo cangiarsi dopo la celebrazione. Una circolare del ministro della giustizia del 13 Novembre 1850 determina a garanzia dell'osservanza di tale prescrizione, che nell'atto di matrimonio sia notato se i coniugi hanno o no stipulato un valido contratto di matrimonio e, nel caso affermativo, trascritta la data ed il nome del notaio. (4) In questi limiti di tempo e di modo i coniugi possono scegliere la comunione universale, (5) quella limitata ai soli acquisti, (6) la separazione dei beni o regime dei parafernali, (7) nel quale la moglie conserva l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni, l'esclusione di comunione (8) che attribuisce al marito l'amministrazione ed il godimento dei beni della moglie (9) ed infine il regime dotale che è una combinazione dei due precedenti. Nei limiti assegnati dall'articolo 1497 questi regimi possono essere anche combinati insieme dai coniugi, e la Corte di Cassazione di Firenze giudicò

(1) Art. 1423. — (2) Art. 1428. — (3) Art. 1441-2.

(4) Garnier, l. c., pag. 18, 19, 26. Il certificato del notaio deve essere così concepito: « Aujourd' hui le contrat de mariage du sieur A..... et de la demoiselle B..... a été passé devant moi.... notaire a.... soussigné qui en ai la minute. Et je leur ai délivré le présent certificat pour être remis à l'officier de l'etat civil, avant la célébration de leur mariage. »

(5) Art. 1497 e 1526. — (6) Art. 1498-9. — (7) Art. 1536-7.

(8) Art. 1530-5.

(9) Vedi pag. 178, 185. 6.

rettamente (1) che nel Belgio, dove vige il Codice francese, non è vietato agli sposi di combinare il regime della separazione dei beni colla comunione limitata agli acquisti che potessero fare col prodotto della loro industria e col risparmio delle loro rendite « togliendo così al marito il diritto di amministrazione dei beni della moglie e limitando su questi e sui suoi l'usufrutto della comunione ». (2) Nel Principato di Monaco (3) era ritenuto fino agli ultimi tempi come regime legale quello della dote; ma dopochè il suo territorio si trovò chiuso in un dipartimento francese, il desiderio d'istituire una eguaglianza di diritto per i casi frequenti di matrimonio fra monegaschi e francesi, indusse il principato a modificare il proprio diritto nel senso di quello che vige in Francia. L'ordinanza principesca del 9 Luglio 1877 compì questa riforma disponendo che il regime della comunione ridotta agli acquisti sia legalmente ap-

(1) 1º Febbraio, 1886, Massoni c. Massoni, *Annali di Giurisprudenza Italiana*, 1886, 1º, 1, pag. 74-77.

(2) Trattavasi degli effetti del matrimonio e del contratto nuziale stipulato in questi termini a Lovanio il 3 Settembre 1849 fra il Marchese Enrico Massoni di Lucca e Natalia Vanderstraeten di Erlager. Dal loro matrimonio nacquero due figlie, Maria ed Anna che, in seguito alla morte della madre avvenuta in Ostenda il 21 febbraio 1876, ne ripudiarono prima la eredità e poi la accettarono col beneficio dell'inventario. Compresi nell'inventario nel Luglio del 1881 i beni mobili ed immobili, che dicevansi acquistati dal marito durante il matrimonio, le figlie, come eredi della madre, citarono il padre davanti al Tribunale di Lucca per far ordinare la determinazione e la divisione della comunione degli acquisti risultante dal contratto nuziale. Il padre oppose la nullità del patto relativo alla comunione degli acquisti per « la incompatibilità e la ripugnanza » col regime della separazione dei beni stipulato nello stesso contratto. Avendo il Tribunale accolte le sue ragioni le figlie ricorsero alla Corte d'Appello che ritenne valida quella clausola secondo il diritto vigente nel Belgio; ed il suo giudicato ebbe la conferma della Corte di Cassazione, che riconobbe non esistere incompatibilità fra i due patti dal momento che l'articolo 1581 del Codice Napoleone stabilisce che i coniugi sottomettendosi al regime dotale possono ciononostante stipulare una società per gli acquisti e che tale specie è analoga a quella del litigio di cui si trattava, perchè nel regime dotale per tutti i beni non dotali vige il sistema della separazione. Ed inoltre i due regimi adottati dai coniugi si riferivano a due distinti patrimonii: quello della separazione riguardava i beni allora posseduti dai coniugi o che potessero loro pervenire a titolo gratuito, mentre quello della comunione doveva applicarsi ad una categoria di acquisti eventuali che essi potevano fare durante la loro unione.

(3) C. C., art. 1198.

plicato in mancanza di convenzione matrimoniale, e che il regime dotale debba essere espressamente stipulato; (1) tale è pure il regime legale prevalente negli Stati dell'America Spagnuola. (2)

507. — La Svezia non può essere ascritta totalmente nè ai paesi che preferiscono la comunione universale, nè a quelli che adottano soltanto quella limitata; entrambi quei regimi vi si trovano considerati come legali, il primo nelle città, il secondo nelle provincie e nelle campagne. In queste ultime l'attivo della comunione comprende tutti i beni mobili presenti e futuri dei coniugi, e gli immobili acquistati a titolo oneroso durante il matrimonio. Restano proprii gli immobili presenti degli sposi, quelli acquistati da loro durante il matrimonio a titolo gratuito ed i beni mobili donati alla moglie sotto condizione di revoca o di restituzione. Alla dissoluzione del matrimonio alla moglie non ispetta che il terzo della comunione. Il marito amministra i beni comuni e può disporne; ed amministra pure i beni proprî della moglie, ne riscuote le rendite per conto della comunione, ma non può venderli se essa non ve lo ha autorizzato davanti a testimonii. Come regimi facoltativi sono lasciati alla scelta dei coniugi, quello senza comunione (3) e quello della separazione, nel quale o l'amministrazione dei beni della moglie è lasciata ad essa, od è confidata ad un terzo che agisce in suo nome, ed è designato nel contratto. (4) Questo, cui, come attesta il D'Olivecrona, (5) si ricorre assai raramente, dev'essere redatto dai due coniugi prima della celebrazione del matrimonio davanti a due testimoni e deve poi essere trascritto nei registri del Tribunale. Indipendentemente dal regime legale o convenzionale adottato, una legge del 1874 portò poi un limite in ogni caso ai poteri assoluti del marito sui beni della moglie, autorizzando quest'ultima a disporre come di sostanza separata di quanto ha potuto acquistare da sè col proprio lavoro. (6)

508. — Parlare di diritto germanico sull'argomento del regime matrimoniale ricercando quale da esso sia prescelto come legale, sarebbe assurdo trattandosi di un paese dove le varietà

(1) *Annuaire de législat. comp.*, 1878, pag. 489-90.

(2) Deglin, l. c., pag. 68.

(3) Vedi pag. 178, 181, 5, 6. — (4) Deglin, pag. 88-91.

(5) *Revue de Dr. Int.*, vol. XV, pag. 53-55; Travaux legislatifs les plus mportants exécutés en Suède pendant la periode decennale, 1870-9.

(6) D'Olivecrona, l. c.

legislative non si riscontrano soltanto da stato a stato ma anche da provincia a provincia del medesimo stato e da località a località di una medesima provincia. I regimi che vi sono adottati possono raccogliersi in tre gruppi: quello della comunità, quello dotale e quello della unione dei beni. Quest' ultimo rassomiglia singolarmente al regime francese senza comunità. Infatti in tale terminologia adottata del diritto francese bisogna ben distinguere il regime senza comunità da quello della separazione dei beni. Tanto l' uno quanto l' altro elimina lo stato di comunione, ma mentre il secondo lo elimina a favore della moglie il primo lo sopprime a favore del marito; nella separazione si ha la distinzione delle due sostanze e l' autonomia dei due coniugi nel goderne e nell'amministrarle; nella esclusione di comunione invece si ha la confusione dei frutti delle due sostanze, ma tale confusione avviene tutta a profitto del marito, restando esclusa la moglie da qualsiasi ingerenza e da qualunque profitto; mentre nel regime della comunione gli accrescimenti vanno a profitto di entrambi i coniugi, nel regime senza comunione i profitti sono lasciati tutti a disposizione del marito.

Già da molti anni fra gli scienziati tedeschi si riconosce l' opportunità di unificare o almeno di codificare semplificandole le norme vigenti nelle varie parti dell' impero; ma i loro voti in favore dell' unificazione basata sulla unione dei beni, è restata finora completamente nel campo teorico. Il diritto comune tedesco non meno che i Codici di Prussia e di Sassonia riconoscono, come quello francese, il diritto dei coniugi di fare il contratto di matrimonio nei termini che loro piaccia salve le restrizioni d' ordine pubblico accennate anche dal Codice Napoleone. Le convenzioni matrimoniali possono in generale essere redatte tanto prima che dopo il matrimonio (1), e non è vietato ai coniugi di disporre in quelle reciprocamente od a profitto di uno di loro di tutto o parte delle loro successioni in modo che la legge dichiara irrevocabile, riconoscendo valide le disposizioni che sono tali secondo la legge del domicilio al momento della convenzione anche quando alla morte d' uno dei coniugi il loro domicilio sia stato trasferto in un paese di legge diversa (2). Inoltre, a differenza del diritto francese e di quello italiano, gli sposi possono stipulare generica-

(1) Lawrence, p. 455. — (2) Bulmerincq, l. c.

mente che la loro associazione sarà retta in modo generale da una delle consuetudini, leggi o statuti locali.

Secondo questi è molto diffusa in Germania, con varie diversità però da un luogo all'altro, la comunione dei beni, che trovasi stabilita come regime legale nella metà orientale della Prussia, nella Pomerania, la Westfalia, in una parte dei principati centrali, nel Wurtemberg, nel Granducato di Baden, nelle Provincie Renane e nell'Alsazia Lorena rette dal Codice francese con una popolazione complessiva che il Roth (1) calcolava a venticique milioni e che ora sarà più vicina ai trenta. La comunione incomincia normalmente col giorno del matrimonio, ma secondo alcuni (2) può essere adottata anche con contratto posteriore ed in tal caso comincia il giorno del contratto, o comincia alla distanza di un anno ed un giorno dal matrimonio o colla nascita del primo figlio, come avveniva a Lubecca. Fra le specie di comunione la più diffusa come regime legale è quella universale che domina all'ovest ed al nord della Prussia, in Westfalia, in parte dell'Annover, della Baviera, e del Brandeburgo e nelle città di Amburgo e di Brema con una popolazione che il Roth calcolava a circa 12 milioni. La comunione ridotta ai mobili ed agli acquisti forma il regime legale dell' Alsazia Lorena, del Palatinato, dell' Assia renana, delle provincie renane e del Baden con una popolazione di circa sette milioni, ed il regime dotale romano si riscontra in in alcune provincie nella Prussia, nel Meklemburgo, ed in parte dell' Assia e della Baviera.

509. — Il sistema della unione dei beni (Gutër verbindung; verwaltungsgemeinschaft) è riconosciuto come legale e, regolato dal diritto prussiano, e vige sopra una popolazione di circa 14 milioni. Esso rassomiglia singolarmente al regime francese senza comunione ed implica conservazione della proprietà di entrambi i coniugi sui beni rispettivi ed attribuzione al marito dell' amministrazione e del godimento dei beni della moglie con esclusione di questa da tutti i profitti e gli accrescimenti, salve le rendite dei beni che le sono riservate dalla legge o dal contratto di matrimonio. Il marito non può, senza il consenso e l' intervento della moglie, alienarne od ipotecarne gli immobili o liquidarne i capitali

(1) Das deutsche eheliche Güterrecht.
(2) Landrecht, pruss., II. 1, 361. 2.

iscritti in suo nome od in nome de' suoi autori o donanti. (1) Può invece alienare i mobili e trasformarli, ma risponde sempre del loro valore e dovrà restituirne l'equivalente alla dissoluzione del matrimonio. (2) Tali diritti del marito si estendono a tuttociò che la moglie acquista in seguito in qualunque maniera, senza escludere dalla proprietà del marito nemmeno, quanto la moglie guadagna durante il matrimonio, col proprio lavoro (3).

A tutela dell' integrità della propria sostanza la moglie può ottenere delle garanzie sui beni del marito ed anche ricorrere ai tribunali perchè lo privino di ogni ingerenza sui suoi beni (4).

In Polonia al regime della comunione limitata che dal principio del secolo al 1825 fu prescritto dalla legge in mancanza di patti nuziali, venne sostituito dalla legge del 25 Giugno 1825 quello della unione dei beni. In mancanza di contratto di matrimonio, il marito amministra i beni della moglie e percepisce a proprio esclusivo profitto tutte le rendite e tuttoquanto la moglie guadagnò col proprio lavoro eccettuati i profitti ritratti col permesso del marito da un commercio, da un'industria o da un'arte esercitati separatamente. Non restano a disposizione della moglie se non i beni che essa siasi espressamente riservati per contratto di matrimonio o che le pervengano per testamento o donazione accompagnata da una clausola formale in questo senso. Il marito non è tenuto nè a redigere un inventario nè a dar cauzione per i beni della moglie, ma se egli amministra male, essa può domandare al tribunale di essere reintegrata nel diritto esclusivo di amministrazione e di godimento. La qualità di amministratore non conferisce al marito verun diritto di disposizione sui beni immobili della moglie; egli non può nè alienarli, nè ipotecarli, nè ritirare capitali o transigere rispetto ad immobili, nè intentare un'azione senza consenso della moglie. È lecito però ai coniugi modificare convenzionalmente questo assetto economico adottando sia la separazione dei beni in condizioni analoghe a quelle del Codice italiano, sia una specie di regime dotale stipulando la inalienabilità dei beni della moglie, sia infine una comunione limitata od universale. In tali casi però le convenzioni matrimoniali de-

(1) Landr. Pruss II°, 1, § 233; — (2) §§ 205,231-3, 247.

(3) Landr. Pruss. II° 1. § 211. Cod. Reale Sassone. Art. 1655 ap. Lehr. Dr. Germ. p. 338. — (4) Lehr, l. c., p. 347.

vono essere redatte prima del matrimonio per atto notarile e restano successivamente immutabili, prescrivendosi, a garanzia della immutabilità (come secondo il diritto francese) che esse siano nulle se non furono dichiarate nell'atto di celebrazione del matrimonio con menzione della data, del luogo di stipulazione e del nome del notaio (1).

510. — Il sistema vigente fino agli ultimi tempi in Inghilterra era molto analogo a quello della unione dei beni germanica, ma nei suoi effetti sui diritti e sulle garanzie della donna era molto più rigoroso di quello: i beni mobili della moglie diventavano la proprietà del marito che non doveva renderne verun conto alla dissoluzione del matrimonio; ed i suoi immobili restavano bensì assolutamente inalienabili, ma la loro amministrazione ed il loro godimento erano sottratti a qualunque ingerenza ed a qualunque partecipazione diretta di lei; regole codeste che tanto più si manifestavano ingiuste nel concetto e perniciose negli effetti quanto più la sostanza mobiliare andò, col progredire della civiltà, acquistando sviluppo ed importanza. In ricambio di quanto aveva abbandonato al marito, la moglie sopravvivente aveva diritto ad un terzo dei beni lasciati da lui a titolo di duario (dower); premorendo invece la moglie senza prole il marito non doveva restituirne agli eredi che gli immobili a lei appartenenti, e se aveva avuto figli poteva ritenere anche questi e continuare a goderne l'usufrutto per tutta la vita. Nel diritto posteriore si riconobbe anche l'alienabilità dei beni della moglie, purchè questa riconosca l'alienazione davanti ai magistrati che prima di riceverne la dichiarazione dovevano assicurarsi, interrogandola senza la presenza del marito, ch'essa vi aderiva liberamente e spontaneamente. Per quanto si riferisce alla proprietà personale della moglie il marito può alienarla fra vivi come cosa propria, ma non per atto di ultima volontà, sicchè se egli premuore, la moglie riprende tutto ciò che rimane come cosa che le appartiene.

È chiaro come in tal regime tutti i diritti della donna fossero misconosciuti; da parte di una persona posta in tanta subordinazione del marito, anche il consenso richiestole nel caso di alienazioni dei proprii immobili, poteva presentare ben poche garanzie di libertà. Inoltre i diritti della moglie al duario erano stati molto

(1) Deglin, l. c., pag. 164-7. Lehr. Dr. Civ. Russe pag. 48-52;

limitati dall'atto del 1 Gennaio 1831 secondo il quale il duario non le spettava più se non su quegli immobili determinati che il marito avesse espressamente designati per atto tra vivi o per testamento, coi quali, quando non se lo sia del tutto vietato nell'atto di matrimonio, esso può anche privarnela del tutto.

Questo sistema derivante dal diritto comune inglese venne a poco a poco temperandosi a favore della donna maritata mercè alcune riforme fondate sull'equità. (1) Coll'intervento dei *trustees* cui si consegnavano i beni della moglie la Corte della Cancelleria era venuta creando a profitto di lei la possibilità di una situazione più indipendente; ma tuttociò non poteva portare verun profitto alle donne che ne avrebbero avuto maggior bisogno, quelle cioè che non possedevano nè proprietà fondiarie, nè capitali, ma soltanto i redditi della propria attività personale, i quali cadevano pertanto ancora secondo il diritto vigente in proprietà del marito. Ma alla condizione di queste ultime ed a trasformare quella della donna maritata in genere, provvidero negli ultimi tempi le riforme legislative che, cominciate nel 1856, e 1857 e continuate nel 1870 e nel 1874, furono raccolte, modificate e codificate nell'atto del 10 Agosto 1882. (2)

Secondo questa legge sono considerati come proprietà separata della donna maritata tutti i beni immobili e mobili, compresi i crediti, ch'essa possiede al momento del matrimonio o che acquista più tardi per diritto di eredità od a titolo di salario, o di stipendio o di beneficio nell'esercizio d'una professione esercitata indipendentemente dal marito, o mercè i suoi talenti artistici, scientifici o letterarii. (3) Essa può acquistare ogni specie di beni come se non fosse maritata e senza aver bisogno dell'intervento di un *trustee*; può disporre di questi beni, a differenza del diritto antecedente, anche vivente il marito per atto così tra vivi che di ultima volontà. (4) All'antica presunzione che tutti i beni della moglie fossero a disposizione del marito è sostituita la presunzione che tutti i valori, titoli, obbligazioni al nome della moglie siano riputati fino a prova contraria come cose sue proprie delle quali essa

(1) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 70, 71, 74, 75, 76, 77, 84-87, 105.

(2) Stat. 45 e 46 Vict. C. 75, *Ann. de lég. étrang.*, vol. 12, pag. 329. An act to consolidate the acts relating to the property of the married women.

(3) § 2. — (4) § 1.

possa godere e disporre. (1) Essa può obbligarsi per convenzione fino alla concorrenza di ciò che possiede, e può sottoscrivere perciò a proprio profitto una polizza di assicurazione sulla vita propria o su quella del marito, (2) e resta responsabile sui beni presenti all'epoca del matrimonio o futuri, dei debiti contratti da lei prima del matrimonio. (3) Ad essa spettano contro chiunque non escluso il marito per la protezione dei suoi beni particolari tutte le azioni civili e penali che spettano ad una donna non maritata. Però essa non può intentare verun procedimento penale contro il marito durante la coabitazione, in ragione dei beni da essa reclamati, nè, quando gli sposi vivono separati, in ragione di atti compiuti dal marito su quei beni durante la coabitazione, se egli non se ne impossessa con mala fede nel momento dell'abbandono. (4)

511. — Con questa nuova legge il diritto inglese passava dal regime dell'unione dei beni quasi completamente a quello che assimila la donna maritata economicamente e giuridicamente alla donna sola; i soli punti che la distinguono ancora da quest'ultima sono quelli non toccati dalle disposizioni particolari della legge del 1882 e rispetto ai quali continua ad imperare il diritto antecedente (come ebbi occasione di accennare parlando della possibilità di agire contro il marito per ingiurie) e quelli sui quali la stessa legge del 1882 dispone in via eccezionale sfavorevolmente alla moglie come nel caso dei crediti di lei nel fallimento del marito. Il § 3 di quell'atto dispone che ogni somma ed ogni altro valore prestato od affidato dalla moglie al marito per essere impiegato in un'azienda od in un commercio esercitato da lui, sono considerati, in caso di fallimento, come compresi nell' attivo del marito sotto riserva del diritto della moglie di prelevare la sua quota su ciò che resta di quell'attivo dopo il rimborso di tutti i crediti *for valuable consideration*. Ma, considerato in generale, l'effetto della legge del 1882 è l'emancipazione economica non meno che giuridica della donna, atta ormai alla conservazione, al godimento ed alla amministrazione dei suoi beni senza l'assistenza del marito.

È notevole, soprattutto in un paese poco innovatore come l'Inghilterra, un mutamento così completo e così rapido; iniziato nel 1856 esso può dirsi quasi completo nel 1882, e non resta più che a ritoccarlo ed a perfezionarlo in qualche parte coordinandone se-

(1) § 6 e 7. — (2) § 11. — (3) § 13. — (4) § 12.

condo l'armonia d'un principio tutte le disposizioni particolari e rettificando alcune di queste secondo l'ammaestramento degli effetti rivelati dall'esperienza. Pure a molti in Inghilterra la riforma parve troppo radicale, e la giudicarono piuttosto che una riforma una rivoluzione; ed è singolare che fra questi critici si trovi il Pavitt, il quale mentre non risparmiò sarcasmi al diritto del suo paese, perchè non si codifica e non si uniforma ai concetti della società moderna, in questa parte dove si è codificato, lo critica per esservisi uniformato troppo. « À l'égard des droits et devoirs respectifs des époux, egli dice, (1) le mari n'a plus guère que des obligations, conséquence des idèes chevaleresques de notre temps.... Parmi les droits de la femme (2) (il est inutile de parler de ceux du mari) on ne doit pas oublier que lors même que la femme aurait cent mille francs de rente, elle a le droit de les conserver consciencieusement et de demander à son mari tout ce qu'il lui faut pour sa nourriture et son entretient suivant sa condition sociale. Nous sommes tombés d'un abus dans un autre; seulement le dernier est infiniment pire que le premier et a la loi expresse pour lui. Quant au malheureux mari, il est dans cette position: s'il n'a plus rien et que sa femme ait quelque chose, elle peut être contrainte de le faire vivre, mais vivre s'entend-dans ce cas du pain et de l'eau tels qu'ils sont fournis par l'État au pauvre. Le chef de famille doit d'abord avoir recours à l'État, et l'État peut poursuivre la femme pour ce que le mari a couté au prémier. O loi trois fois généreuse, due à l'initiative et aux soins empressés de quelque femme de talent! C'est ainsi qu'elles nous mèneraient en Angleterre si jamais elles avaient le gouvernement! Aussi faut il réfléchir avant de leur confier le pouvoir ». Da tali critiche si può dedurre che la legge del 1882 non può considerarsi come definitiva. È certo però che non si potrà pensare a tornare all'antico; anche in tali materie di diritto privato come in quelle politiche la libertà ha questo di particolare: che è ben difficile e lungo l'ottenerne il riconoscimento, ma, una volta conseguitolo, è anche più difficile impresa quella di chi vorrebbe rinnegarlo.

I punti accennati dal Pavitt sono di quelli sui quali la legislazione inglese futura dovrà rettificare e completare quella del 1882; ma parmi addirittura esagerato il prendere argomento da quegli

(1) Pavitt., Dr. Angl. Codifié pag. 20. — (2) Pag. 34-5.

inconvenienti per giudicare che ora si sia caduti in un eccesso peggiore e più deplorevole di quello che lamentavasi sotto l'impero del diritto antecedente; che alla completa indipendenza dei due coniugi riconosciuta così completamente da non scoraggiare l'egoismo d'entrambi, possa preferirsi da taluno l'asservimento d'un coniuge all'altro in modo non solo da non combattere, ma da incoraggiare l'egoismo di quest'ultimo, non par comprensibile se non si pensa che è tutt'altro che raro ed è evidentemente umano il lamentare come insopportabili gli inconvenienti presenti e rivolgere nel tempo stesso una rimembranza piena d'indulgenza a quelli passati che, appunto perchè sono tali, non si giudicano più secondo il loro giusto valore.

Frattanto l'esempio dato in Inghilterra colle leggi che precedettero quella del 1882 fu imitato colla legge del 18 Luglio 1881 rispetto alla Scozia. In quest'ultimo paese il regime legale era fino a quell'anno quello della comunione dei beni con esclusione dei soli beni ereditari di carattere immobiliare e dei parafernali limitati alle vesti ed agli ornamenti personali della moglie; il marito era signore assoluto della comunione e disponeva a proprio arbitrio dei beni che la componevano. Contro questo stato di cose incominciò a protestare l'opinione pubblica verso la metà del secolo, ed ottenne le riforme del 1861 e del 1874 completate poi da quella del 1881 che riserva alla moglie la proprietà, l'amministrazione ed il godimento dei beni mobili presenti e futuri e le rendite dei beni ereditarii situati in Iscozia, non lasciando se non gli altri soggetti alla comunione. Allo scioglimento del matrimonio spetta a ciascuno dei coniugi un terzo della comunione se ci sono figli ed una metà di quella se non ce ne sono. (1)

Tanto nell'un paese quanto nell'altro è poi lecito ai coniugi di derogare alle disposizioni della legge mercè un contratto stipulato prima del matrimonio; in tal caso le disposizioni della convenzione sostituiscono quelle della legge; la forma pubblica del contratto è impossibile in Inghilterra mancandovi un ufficiale atto a dare autenticità agli atti dei privati. (2) Ma esse non sono valide se non in quanto furono redatte in iscritto e firmate dalla parte che si obbliga e dal suo rappresentante; ma quando siasi fatto

(1) Deglin, pag. 154-6.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 110.

uso della scrittura, nemmeno la forma solenne di un *deed* è necessaria; basta anche quella di una lettera.

Una volta celebrato il matrimonio, le ulteriori convenzioni fra coniugi non sono assolutamente impossibili, ma la loro validità è giudicata dal tribunale della Cancelleria. Il Lehr a tale riguardo dice che, dopo conchiusa la convenzione matrimoniale, i coniugi non possono più validamente contrarre fra loro, ma rettificare gli errori, le omissioni e le inesattezze che fossero occorse nella formulazione dei loro patti; ma non esclude che, se le convenzioni posteriori hanno un fondamento ragionevole, possano, quantunque senza valore in diritto stretto, produrre qualche conseguenza giuridica in equità. (1) Il Pavitt spiega più chiaramente quest'apparente contraddizione dicendo, come ho riferito, che le convenzioni fra coniugi posteriormente al matrimonio non sono assolutamente impossibili, ma che la loro validità è abbandonata all'apprezzamento del Tribunale della Cancelleria; questo però le giudica d'ordinario sfavorevolmente sopratutto per il motivo che nella legge scritta non v'ha nulla che espressamente le autorizzi. (2) Ordinariamente la convenzione anteriore al matrimonio ha lo scopo di concedere alla moglie il godimento delle rendite dei suoi beni, assegnandole dopo la morte di lei al marito, cosichè il capitale ne passi interamente dopo la morte di quest'ultimo ai figli od in mancanza dei figli a coloro che la madre avrà designato nel proprio testamento. (3)

512. — Anche la Svizzera presenta una varietà di leggi civili simile a quella che si riscontra in Germania; e siccome i singoli cantoni, gelosi della propria autonomia, sono in genere sfavorevoli a tutto quanto tende a rafforzare l'autorità federale, così non è improbabile che l'unificazione del diritto civile resti lungamente in quel paese un puro desiderio espresso, pur senza unanimità, nei periodici congressi dei giuristi.

Un principio però domina in quasi tutte le legislazioni cantonali che fa acquistare al diritto svizzero nel suo complesso un carattere analogo a quello del diritto inglese anteriore al 1882: vi sono cioè subordinati soverchiamente gli interessi della moglie a quelli del marito, lasciandosi troppo in balia di quest'ultimo non solo l'amministrazione, ma anche la disposizione delle sostanze di quella. In

(1) Lehr, l. c., pag. 111.

(2) Pavitt, l. c., pag. 20-1.

(3) Pavitt, l. c., pag. 34.

molti cantoni è perfino del tutto sconosciuto il contratto di matrimonio mercè il quale si possa derogare al regime legale, ed in essi la moglie è costretta ad accontentarsi di quella sola garanzia che le è porta dalla legge. Così nella Svizzera centrale, cioè nei cantoni più antichi, il contratto di matrimonio non è considerato che come un patto successorio privato redatto con o senza l'assistenza di testimoni e del resto il regime legale è obbligatorio; in altri cantoni gli sposi possono addivenire ad un contratto anteriormente al matrimonio, ma questo ha bisogno, come in Appenzell Rhode Esteriore, Sciaffusa e Zurigo, dell'approvazione del Tribunale o del Consiglio comunale. Fra i cantoni che non conoscono altro regime all'infuori di quello legale, Appenzell, Argovia, Berna (vecchio cantone) Glari, Grigioni, Lucerna, San Gallo, Schwytz ed Uri, statuiscono un regime più rigoroso di quello senza comunità francese e di quello tedesco ed inglese dell'unione de' beni. Tutti i beni della moglie vi sono affidati all'amministrazione del marito che ha il godimento esclusivo delle rendite non eccettuate quelle provenienti dall'industria privata e dalle economie della moglie. Di tuttociò egli può usare senza limite e senza controllo; se i beni della moglie esistono ancora in natura al momento della dissoluzione del matrimonio egli può restituirli, ma non è obbligato a conservare per la restituzione nè i beni da essa portati quando si maritò nè quelli pervenutile più tardi anche per successione o per donazione. Egli non resta in debito che di un valore per accertare il quale i Codici cantonali esigono quasi tutti la redazione di un inventario.

A limitare le tristi conseguenze di poteri così eccessivi, la massima parte di quei codici attribuiscono alla moglie la libera disposizione d'una parte dei beni ch'essa amministra e di cui gode a titolo di riserva (Sondergut); ed alcuni Cantoni, come Basilea e Zug, subordinano il diritto di disposizione degli immobili della moglie al consenso di questa, od esigono come a Zurigo quello del tutore, o come a Lucerna quello del Consiglio Comunale, o come a Nidwalden lasciano al marito l'intero godimento dei beni della moglie, ma gli proibiscono di disporre anche dei mobili senza l'assenso di lei.

Il regime della comunione degli acquisti è legale ed obbligatorio a Sciaffusa e facoltativo a Friburgo, Neuchatel, Turgovia, Vallese, Vaud; ma a Neuchatel ed a Turgovia esso si avvicina piut-

tosto all'unione dei beni che alla comunione limitata, poichè al marito è data facoltà di disporre anche dei beni proprî della moglie, la quale pertanto non ha più che un credito di valore corrispondente ai suoi beni proprî ed il diritto alla quota eventuale negli acquisti che non le competerebbe nel regime della unione dei beni. Tale divisione si fa allo scioglimento del matrimonio per metà, ad eccezione dei cantoni di Soletta e dei Grigioni, dove al marito vengono attribuiti i due terzi della comunione che si divide.

Il regime dotale è legale nel cantone di Vaud e facoltativo nel Ticino; la dote non può essere aumentata durante il matrimonio; l'amministrazione ed il godimento ne appartiene al marito; e gli immobili dotali sono inalienabili salve le eccezioni consentite da un'autorizzazione giudiziaria; l'amministrazione dei beni proprî della moglie spetta al marito. Soltanto a Neuchatel, Turgovia e Ticino è ammesso il principio della separazione dei beni; ed in quest'ultimo paese, nel caso di adozione del regime dotale, i beni non compresi nella dote sono parafernali; la moglie ne conserva la proprietà, li riprende alla dissoluzione del matrimonio e li amministra d'accordo col marito cui deve lasciare la metà delle rendite, e col consenso di lui può anche alienarli.

Anche le garanzie concesse da quasi tutte le altre leggi sotto forma d'ipoteca o di privilegio sulle sostanze del marito, sono assai limitate nel diritto svizzero. Tutte le leggi cantonali danno alla moglie un privilegio nel fallimento del marito e talora anche nella sua successione; ma generalmente essa non può esercitarlo se non che fino alla concorrenza della metà delle proprie ragioni, poche leggi lo consentono fino ai due terzi, e talune lo restringono ad un solo terzo; talora è concessa negli stessi limiti una ipoteca generale gravante sui beni del marito. Quando il marito comprometta manifestamente i diritti della moglie, questa può in molti cantoni domandarne l'interdizione, o chiedere che gli si tolga l'amministrazione dei suoi beni, ed in alcuni anche chiederne la separazione.

Fra i cantoni e parti di cantoni dove è ammessa la stipulazione di un contratto di matrimonio, in Ginevra, nel Jura Bernese, Neuchatel, Ticino e Turgovia se ne esige l'autenticità, l'anteriorità e l'immutabilita, i Grigioni non impongono che quest'ultima condizione, Friburgo permette di adottare anche dopo il matrimonio la comunione degli acquisti, Vaud ed il Vallese vietano

di adottare la comunione delle perdite, ed il Vallese proscrive anche la comunione universale. (1)

Il regime legale della unione dei beni è pur in vigore nella maggior parte delle provincie baltiche in perfetta antitesi col diritto comune dell'impero a cui queste appartengono. Esso è riconosciuto come tale dal Landrecht delle tre provincie e dallo Stadtrecht della Curlandia; è ammesso con qualche modificazione dallo Stadtrecht dell'Estonia ed è respinto soltanto dallo Stadtrecht della Livonia che stabilisce la comunione universale. Secondo il Landrecht il marito ha l'amministrazione dei beni presenti e futuri della moglie ad eccezione di quelli ch'essa siasi espressamente riservati; non può alienarli od ipotecarli senza il consenso di lei. In Livonia ed in Estonia il marito ha bisogno dello stesso consenso per riscuotere, cedere o dare in garanzia crediti della moglie, mentre in Curlandia può farlo anche senza un'autorizzazione speciale. Egli si appropria tutte le rendite, non è obbligato a render conto della sua amministrazione, ma risponde d'ogni danno causato da sua colpa, ed in caso di mala amministrazione può essere obbligato alla separazione dei beni.

L'unione accolta dallo Stadtrecht estoniano differisce da quello del Landrecht e dal diritto urbano curlandese in ciò: che se la moglie coll'autorizzazione del marito intraprende un commercio separato, gl'impegni ch'essa contrae a proposito di tale commercio sono per essa pienamente obbligatorii, e si può procedere per ottenerne l'adempimento non solo sui beni riservati, ma anche su quelli che fanno parte dell'unione; e che, fino a quando non sono nati figli, essa risponde dei debiti del marito solo in quanto siasi obbligata con lui ed abbia volontariamente rinunciato alle cautele che la legge le consente a favore dei creditori; ma non appena sia nato un figlio, tuttoquanto fu portato da essa serve di garanzia ai creditori del marito, siano i debiti anteriori o posteriori al matrimonio ogni qualvolta l'attivo del marito non basti a coprirne il passivo. Tali effetti del matrimonio sui beni cominciano col matrimonio stesso; i contratti possono invece essere anche posteriori all'unione coniugale ed, una volta perfetti, possono essere modificati successivamente di comune accordo. (2)

(1) Deglin, pag. 121-5 e Lardy. Leg. Civ. des cantons Suisses, Paris, Sandoz, 1877. — (2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 52-65.

513. — Fu detto da molti che in Austria il regime legale sia quello dotale, ma è più esatto il dire che è il più usitato; stando alla lettera della legge il diritto di quel paese sancisce come normale la separazione dei beni, sicchè esaminandolo torniamo al punto da cui siamo partiti accennando al diritto italiano. Se infatti i coniugi non hanno fatto circa l'impiego dei loro beni una speciale convenzione (1) ciascuno conserva il precedente suo diritto di proprietà e non ha verun diritto a ciò che l'altro coniuge acquista ed in qualsivoglia modo gli perviene durante il matrimonio; nel dubbio si presume che l'acquisto sia stato fatto dal marito; ed anche per ciò che riguarda l'amministrazione questa non spetta assolutamente al marito, ma v'è soltanto (2) fino a che essa non si opponga, la presunzione di diritto, che essa gli abbia affidato come a suo legittimo procuratore l'amministrazione della sua sostanza libera. Non solo basta un atto di volontà della moglie per impedire che la amministrazione passi al marito o per privarnelo dopo aver consentito che la assuma, ma in casi (3) urgenti o sussistendo pericoli di danno, può essere tolta al marito l'amministrazione dei beni sebbene datagli espressamente e per sempre. In quanto il marito abbia l'amministrazione di quei beni, non è responsabile che della sostanza della cosa e del capitale, e non è tenuto a render conto dei frutti percetti durante l'amministrazione se ciò non sia stato espressamente convenuto, ritenendosi questi conti come già regolati fino al giorno della finita amministrazione, (4) ma la libertà che possiede la moglie di riservarlo a sè distingue essenzialmente questo usufrutto da quello che spetta al marito nel regime dell'unione dei beni. Come regimi facoltativi il Codice regola quello della comunione dei beni, (5) ed il regime dotale, (6) concedendo sulla dote l'usufrutto al marito (7) e restandone la proprietà alla moglie senza pregiudizio degli eredi di lei. Nulla poi vieta nel diritto austriaco che i patti nuziali si possano stipulare anche posteriormente alla conclusione del matrimonio. Lo stesso regime è prevalente anche negli Stati della penisola balcanica. (8)

514. — Il diritto dei paesi civili ci presenta pertanto rispetto all'assetto economico del matrimonio una diversità molto maggiore

(1) C. C. A., § 1237.
(2) § 1238. — (3) § 1241. — (4) § 1259. — (5) § 1233-36.
(6) § 1217-1229. — (7) § 1228. — (8) Deglin, pag. 69-73.

e più sostanziale di quella che abbiamo notata rispetto alla sua costituzione personale e disciplinare; e ciò è naturale, poichè molte fra le disposizioni che riguardano quest'ultima sono insite nel concetto stesso di famiglia e si trovano perciò in una legislazione per lo stesso motivo per cui si trovano in altre variando queste fra loro soltanto nei limiti della sanzione. Le altre si riferiscono alla vita materiale della famiglia stessa e non solo nel concetto che la legge se ne forma, ma da altri concetti in essa esistenti circa le società, i rapporti convenzionali, il regime della proprietà e la capacità degli individui traggono la ragione della loro esistenza. Da ciò deriva che fra Stati pur appartenenti alla stessa civiltà, e giunti ad un grado non molto diverso di coltura spirituale ed intellettuale si riscontrino tante e così grandi differenze nel regime economico della famiglia.

Il regime che può dirsi più moderno e cui l'avvenire promette la maggior diffusione, se devesi ritenere che l'avvenire appartenga al riconoscimento dell'equivalenza di diritti fra i due sessi, della dignità umana e della libertà, è quello della separazione assoluta riconosciuta nel silenzio delle parti dal diritto italiano più completamente che dal Codice Austriaco. Due persone unite per la procreazione e la educazione della prole e per il consorzio di tutta la vita, fra le quali il primato disciplinare del marito è molto attenuato ed il suo primato economico è tolto quasi del tutto ci sembrano avvicinarsi all'ideale della società coniugale. Nè tale condizione è peggiorata, bensì in qualche caso può essere integrata, dall'esistenza del regime dotale quando questo non comprenda tutti i beni anche futuri della moglie, e quando tutti i beni non compresi nella dote siano parafernali, sui quali non solo resti proprietaria la moglie, ma non competa verun diritto al marito; diversamente si ricade nel regime senza comunità del Codice francese od in quello ad esso equivalente di unione dei beni del diritto tedesco, svizzero ed inglese. Inferiore al regime della separazione perchè lega l'indipendenza della moglie e le sorti della sua fortuna all'arbitrio del marito, è il regime della comunione; seducente in teoria perchè confonde le due sostanze come si confondono nel matrimonio le due esistenze dei coniugi, ma troppo facilmente atto a degenerare nell'asservimento di uno di questi all'altro senza che quello subordinato possa sempre essere in tempo ad approfittare delle cautele che pur la legge gli offre per mettersi in salvo.

Le sfere di competenza di questi varî regimi possono venire in questione in più modi: due individui appartenenti a paesi diversi possono maritarsi con o senza contratto; secondo quale diritto dovrà giudicarsi nel primo caso la validità intrinseca dei loro patti? e se non hanno fatto un patto espresso quale regime si applicherà al loro matrimonio? Frattanto è certo che nel primo caso la legge del marito non potrà essere in tutto decisiva perchè il patto avviene sempre e deve quasi sempre avvenire prima del matrimonio quando cioè il marito non ha ancora conferita alla moglie la propria nazionalità. Due individui maritati nel proprio paese, possono trasferirsi in un altro, oppure essi possono maritarsi all'estero e poi trasferirsi nel proprio paese. In entrambi questi casi come si giudicherà della validità dei loro patti o qual regime s'intenderà applicabile nel caso che le parti non ne abbiano stipulati? Finalmente due coniugi maritati con o senza convenzione matrimoniale e stabiliti nel loro paese od all'estero possono possedere tutta o parte della loro sostanza in uno o più altri Stati; quale sarà in tutti questi stati l'effetto giuridico delle loro convenzioni? E se convenzioni non esistono quale sarà in ciascuno di questi Stati la norma secondo la quale ricercare il regime applicabile a quei beni? E questa norma sarà così nettamente indicata dalla natura delle cose da essere unica per tutti i paesi dove nel caso concreto si dovrà ricercarla, così da portare contemporaneamente in molti Stati diversi e presso molti magistrati alla identica soluzione e da dare per risultamento l'applicazione d'un solo regime a tutti i beni sparsi nei diversi territorii? Questa certo sarebbe la soluzione desiderata e quando tanto si fosse conseguito potrebbesi dire anche in quest'ordine di rapporti che il diritto internazionale, positivo ha conseguito il suo altissimo fine. Nell'accennare ai varî regimi stabiliti o riconosciuti nei diversi Stati abbiamo notato che ad eccezione di alcune leggi le quali codificano un determinato regime come obbligatorio, le altre invece, nei limiti da loro assegnati, lasciano piena autonomia di stipulazione alla iniziativa delle parti, sicchè può dirsi che nel diritto di gran lunga prevalente negli Stati civili la materia del regime economico matrimoniale sia considerata come essenzialmente convenzionale. Risulta dunque dalla legge stessa la massima differenza fra le disposizioni relative al regime dei beni e quelle riguardanti i rapporti personali dei coniugi. O questi si riferiscono alla disciplina famigliare ed alla vita

intima della famiglia, e quando anche ciò non risultasse dall'indole stessa della materia, la legge espressamente dichiara che non è permesso alle parti di derogarvi; oppure si riferiscono all'influenza del matrimonio sulla capacità dei coniugi e costituiscono così alla lor volta una deroga legislativa alle disposizioni di diritto comune sulla capacità, e la legge determina in quanto sia permesso alle parti di farvi eccezione. Quando trattasi invece del regime economico del matrimonio, la legge riconoscendovi un argomento meno interessante l'ordine della società civile, ammette con una maggior larghezza la libera stipulazione delle parti. In quest'ultimo rispetto la libertà dei coniugi diventa la regola e l'impero della legge diventa l'eccezione; la legge segna l'orbita entro alla quale le parti possono muoversi; poi le abbandona al proprio arbitrio, limitandosi a regolare la materia nel caso del loro silenzio con norme che dinotano una preferenza, ma non un comando assoluto od una proibizione di mutare. A chi consideri i conflitti che possono derivare dal regolamento del regime matrimoniale degli stranieri, questo carattere delle leggi che lo riguardano riesce di non poco sussidio e nel giudicare della validità estraterritoriale delle convenzioni e nell'indagare qual regime debbasi riconoscere applicabile in mancanza di queste; da quel carattere infatti risulta che nelle leggi particolari dei varî paesi le esigenze assolute dell'ordine pubblico sono limitate in questa materia a ben più ristretti confini e da quello si potrà pur dedurre con maggior sicurezza l'indole giuridica del regime applicabile ai coniugi in mancanza di convenzioni. (1)

515. — Ed anzitutto quando queste esistono bisogna ricercarne gli elementi di validità nella capacità delle parti, nella sostanza delle loro stipulazioni e nella forma in cui queste furono redatte. Della prima non occorre certo far lungo discorso; (2) fra i paesi che ammettono la territorialità della capacità ad obbligarsi e quelli che riconoscono la estraterritorialità dello statuto personale, e, di questi ultimi, fra quelli che adottano il criterio del domicilio e quelli che preferiscono la nazionalità, si produrranno quei conflitti di cui si trattò parlando specialmente della capacità della persona.

(1) Vedi vol. I, pag. 87-8, 116-7, 153-5 e 207.

(2) Vedi il capitolo « Dello stato e della capacità della persona ».

Soltanto, come già notai, poichè trattasi di una convenzione che produce i suoi effetti nel matrimonio e dopo la celebrazione di questo, ma ha la propria origine prima che l'unione coniugale sia celebrata, così per giudicare della capacità delle parti si dovranno considerare non già quelle modificazioni che vi possono essere prodotte dal fatto del matrimonio, ma il suo stato antecedente a questo. Se per esempio secondo la legge personale della moglie questa non raggiunga la piena capacità di obbligarsi che a ventiquattro anni e sposi un italiano quando ha raggiunto soltanto il ventunesimo, stipulando prima da sola un patto nuziale, questo sarebbe invalido per difetto di capacità d'una delle parti in quanto che dopo il matrimonio essa divenne italiana, ma perdette l'attitudine a stipulare una convenzione matrimoniale e quando avrebbe potuta stipularla le faceva difetto la capacità necessaria a potervi validamente consentire. Questa sarebbe la soluzione preferita in Italia ed in Francia e, nei limiti ammessi dal diritto vigente, in Inghilterra dove il contratto deve precedere il matrimonio; non in quei paesi dove, come in Austria, in Ispagna e nelle Provincie Baltiche, il contratto può anche essere posteriore al matrimonio, nei quali si baderebbe naturalmente alle condizioni richieste dalla legge del marito divenuta frattanto anche la legge della moglie. Ma tale questione dell'applicazione delle norme relative alla anteriorità ed alla immutabilità del regime coniugale si collega con altre da cui dipende e che non sono concordemente risolte nè dalla dottrina nè dalla giurisprudenza.

516. — Quelle norme dovranno ritenersi regolatrici della capacità o delle forme? E nell'uno e nell'altro caso dovranno anche ritenersi di ordine pubblico, così da applicarle oltrechè ai contratti dei cittadini all'estero anche a quelli degli stranieri nel territorio, e così da non ammettere il carattere facoltativo della regola *locus regit actum* rispetto alla scelta delle forme nelle convenzioni conchiuse dagli stranieri nel territorio? La controversia fu discussa e risolta in vario senso soprattutto rispetto agli articoli 1394 e 1395 del Codice francese, secondo i quali è imposta la solennità della convenzione, la sua anteriorità al matrimonio e la sua immutabilità dopo la celebrazione, e che sono conformi agli articoli 1382 e 1385 del Codice italiano. Senonchè secondo quest'ultimo, sia che si tratti di capacità personale, sia che si tratti di forme, due elementi di decisione si presentano in favore della legge per-

sonale dello straniero, cioè l'articolo 6 del Titolo preliminare più comprensivo dell'articolo 3 del Codice francese e l'articolo 9 che dopo aver sancito per le forme la regola *locus regit actum*, lascia in facoltà dei contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale quando questa sia comune a tutte le parti. Ad ogni modo è necessario vedere se, tacendo della solennità, che evidentemente appartiene allo statuto delle forme, le altre due disposizioni si riferiscono a questa od alla capacità e soprattutto se non debbasi ravvisare interessata alla loro applicazione anche la tutela dell'ordine pubblico.

Il criterio della pura personalità è adottato dal Fiore nell'interpretare la legge italiana: dopo avere attribuito allo statuto delle forme tutto quanto riguarda la solennità o non solennità dell'atto, egli riserva allo statuto personale tutto quanto si riferisce all'anteriorità ed alla mutabilità. (1) La Corte di Cassazione di Francia sancì la dottrina contraria affermando che « la determinazione dell'epoca in cui deve aver luogo un contratto di matrimonio come tuttoquanto dipende dalla sua forma esterna, soggiace alla regola *locus regit actum* ». (2) In un caso trattavasi di contratto fatto, dopo la celebrazione del matrimonio, da un francese e da un'italiana a Firenze conformemente al diritto romano vigente allora in Toscana; nell'altro trattavasi di un contratto posteriore al matrimonio fatto da francesi in Ispagna contenente una donazione propter nuptias: la giurisprudenza francese ammise in entrambi la validità e nell'ultimo riconobbe l'irrevocabilità della donazione conformemente alle disposizioni del diritto spagnuolo. In tuttociò è implicita la corrispondente opinione della necessità di anteriorità e di immutabilità nelle convenzioni matrimoniali fatte da stranieri in Francia. Il Laurent critica questi giudicati sostenendo trattarsi bensì di forme ma di forme solenni appartenenti come tali alla sostanza del contratto; la legge che le regola non deve ritenersi nè uno statuto personale, nè uno statuto reale, ma produce gli effetti dell'uno e dell'altro nel senso che, prodotto come è dalla tutela d'un interesse sociale, deve applicarsi « tanto ai belgi che contrattino all'estero come agli stranieri che contrattino in Belgio ». (3) Il De-

(1) Fiore, *Dir. Int. Privato*, II ediz., pag. 424.
(2) 11 Luglio 1855, Sir. 1855, 1, 699 e 18 Aprile 1867, pas. 1867, 68, 303.
(3) Vol. V, pag. 451-2.

glin giunge allo stesso risultato quantunque non si accordi col Laurent nel caratterizzare tali disposizioni; egli crede che si tratti di formalità intrinseche le quali rientrino completamente nel dominio dello statuto personale, cosichè un francese maritandosi all'estero con una francese o con una straniera dovrà redigere il contratto di matrimonio prima che questo sia celebrato per ottenerne riconosciuta la validità in Francia e si deciderà diversamente soltanto se si tratta di una francese sposante uno straniero, perchè, dopo aver acquistata la nazionalità di lui, essa acquista anche le prerogative personali che ne derivano. Ma contemporaneamente il Deglin ravvisa in quelle due disposizioni materia d'ordine pubblico così da doverle ritenere obbligatorie anche per gli sposi stranieri in Francia. (1)

L'interpretazione che il Fiore deduce così chiaramente dalle disposizioni del Codice italiano comincia però a farsi strada anche in Francia presso alcuni scrittori. Il Beauchet (2) per esempio sostiene che quelle disposizioni appartengono puramente e semplicemente allo statuto personale ed esclude le esigenze dell'ordine pubblico applicando il suo principio all'ipotesi non già di due francesi maritantisi all'estero, ma di due stranieri che si maritino in Francia. In questo caso egli si stacca da coloro che sostengono la personalità di tali prescrizioni, ma le combinano coll'ordine pubblico, rispondendo che a quegli stranieri si dovrà permettere, se la loro legge ve li autorizza, di redigere le convenzioni matrimoniali dopo il matrimonio o di mutare quelle antecedentemente stipulate. Egli sostiene infatti che con quella disposizione l'ordine pubblico non ha un diretto rapporto: gli articoli 1394 e 1395 hanno per obbiettivo la protezione dei terzi, ma evidentemente di quei terzi soltanto che trattano coi coniugi nazionali. Inoltre la situazione dei francesi quando trattano con stranieri, è ben lungi dall'essere così favorevole come quando trattano con loro connazionali, poichè la sottomissione della capacità in genere di quelli alla legge nazionale li espone alla necessità di molta prudenza e di molta diligenza nell'informarsene sotto pena di subire non poche e sgradite sorprese. La condizione dei francesi di fronte a coniugi stranieri contraenti non presenta dunque uno svan-

(1) Deglin, l. c., pag. 180-9.

(2) Observations sur la rédaction des conventions matrimoniales entre étrangers se mariant en France. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 39-43.

taggio speciale, ma soltanto uno dei lati di quella condizione svantaggiosa in cui trovansi in generale i francesi contraenti con stranieri. Nè l'ordine pubblico francese pare al Beauchet maggiormente interessato in quanto concerne la tutela dei coniugi stessi, poichè gli articoli di cui si tratta ebbero per iscopo di tutelare l'armonia non già della famiglia in generale, ma particolarmente delle famiglie francesi, lasciando ad altre leggi la tutela economica di quelle straniere. Un altro commentatore esamina nella stessa raccolta la questione, arrivando a risultati analoghi a quelli del Beauchet, con qualche divario però nella definizione dell'indole di quelle regole, (1) e scegliendo per la propria indagine l'ipotesi trascurata dal Beauchet, quella cioè dell'apprezzamento in Francia delle convenzioni matrimoniali fatte da Francesi all'estero. Egli non accetta la dottrina di coloro che considerano la regola d'immutabilità come relativa alla forma, ma non divide nemmeno quella di chi la sostiene relativa alla capacità; vi ravvisa bensì una regola relativa alla sostanza che s'immedesima col regime adottato dalle parti, così da trovare applicazione soltanto in quei casi in cui il regime matrimoniale prescelto dalle parti sia quello delle leggi francesi; ed egli cerca di dare un'interpretazione favorevole alla soluzione da lui preferita alle decisioni della giurisprudenza francese che applicano alle convenzioni matrimoniali la regola *locus regit actum*, sostenendo che sotto il velame di una formola adoperata a sproposito si debba ravvisarvi la sollecitudine di applicare alle convenzioni la legge del paese a cui le parti liberamente si riferirono. Il Weiss all'incontro va d'accordo (2) col Beauchet nel ritenere quelle disposizioni inerenti allo statuto personale, e senza rapporto coll'ordine pubblico internazionale, così che per quella stessa ragione per cui devono seguire i francesi all'estero non possono obbligare gli stranieri in Francia.

Tale soluzione parmi preferibile e secondo il diritto francese e secondo quello italiano e secondo tutti quelli che pur imponendo l'anteriorità del contratto non impongono un solo regime come legale ed obbligatorio. Che nulla abbia a che fare quell'obbligo collo statuto delle forme basta a provarlo l'osservazione che forma

(1) Raoul Jay. De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 527-37.

(2) Weiss, l. c., pag. 685, 6.

e il *modo* di fare una data cosa, mentre in tal caso trattasi non del *modo* ma del *tempo*, restando limitata la capacità ad un determinato periodo di tempo ed essendo essa dichiarata estinta dopo essersi una volta manifestata od aver trascurato al momento opportuno di manifestarsi. Par dunque evidente che non si possa sostenere trattarsi dello statuto delle forme, e gli argomenti del Beauchet bastano ad escludere l'idea che vi sia interessato l'ordine pubblico, e che non bastino per i terzi del paese le garanzie normali accordate loro dalle leggi per salvaguardarli dai pregiudizi che potrebbero loro derivare dal fatto altrui.

517. — Che poi fra coloro che respingono l'attribuzione di quelle norme allo statuto delle forme vi sia taluno, soprattutto in Francia, che le colleghi non alla capacità dei contraenti ma alla sostanza del contratto, dichiarandole applicabili o non applicabili secondo la legge alla quale i coniugi vollero sottoposto il proprio matrimonio, parmi spiegabile coll'opinione, erronea anche secondo lo stesso diritto francese, di una autonomia assoluta spettante alle parti nel regolamento delle loro relazioni matrimoniali. Se quell'autonomia realmente esistesse, se fosse consentito dalla legge che il regime economico del matrimonio si producesse interamente per effetto dalle stipulazioni delle parti, allora quella interpretazione non sarebbe erronea e si potrebbe dire: il diritto francese (e rispettivamente quello italiano ecc.) definisce e regola questi regimi, i quali dovranno adottarsi dalle parti anteriormente al matrimonio, e non potranno mutarsi se le parti non si siano sottoposte volontariamente alle giurisdizione ed alle disposizioni di una legge straniera. Ma tale non è il carattere delle disposizioni dei varii diritti rispetto al matrimonio; tali non possono dirsi nemmeno quelle delle leggi riconoscenti maggior larghezza all'autonomia individuale; tutte segnano l'orbita entro alla quale a questa autonomia è lecito di muoversi, statuiscono nel caso che la volontà delle parti non si manifesti, e, distinte dalle une e dalle altre disposizioni, contengono certe norme limitative e determinative di ciò che i coniugi possono fare che hanno tutto il carattere di regole relative alla capacità. Secondo il diritto francese i coniugi possono fare convenzioni matrimoniali come loro talenta, ma « purchè siano osservate le seguenti modificazioni »; (1) fra

(1) Articolo 1387.

queste modificazioni seguono, nelle stesse disposizioni generali, quelle degli articoli 1391 e 1395 le quali sono pertanto da quella riserva, quando non bastasse il loro intimo carattere, indicate come regole di capacità. Così l'articolo 1378 del Codice italiano dice che la società coniugale è regolata dalle convenzioni matrimoniali e dalla legge; ma la legge nelle stesse disposizioni generali determina ciò che i coniugi non possono fare e fra queste norme trovansi quelle degli articoli 1382 e 1835. Trattasi dunque di disposizioni relative alla capacità personale ed ai rapporti di famiglia e riconosciute dal nostro diritto fra quelle che seguono i cittadini all'estero e che non possono imporsi agli stranieri nel regno. Ma l'interpretazione che si dà a tali norme può essere diversa nei varii paesi; in Francia prevale la giurisprudenza che le ascrive allo statuto delle forme; la discussione che abbiamo riferito nota una tendenza a riferirla allo statuto personale; ma anche ammessa la prevalenza di questo, resta il dubbio se si debba ritenerlo combinato coll'ordine pubblico od indipendente da esso; da tutto ciò risulta come in questa materia della validità delle convenzioni matrimoniali possa sorgere rispetto all'apprezzamento della capacità, oltre ai conflitti che possono derivare normalmente dal vario regolamento di questa, anche una serie di difficoltà del tutto speciali.

518. — Rispetto alle forme è maggiore l'accordo nell'attribuire il loro regolamento esclusivamente alla legge del luogo dove l'atto si redige; ma in certi punti l'accordo può ridursi piuttosto ad una apparenza che ad una realtà, poichè anche qui, come nella celebrazione del matrimonio, non si va perfettamente intesi circa il valore e l'estensione della parola *forma*.

Il Laurent sostiene che la regola *locus regit actum* non si applica a quei casi nei quali si richiede la forma autentica, sostenendo che questa nei paesi dove sia prescritta deve ritenersi obbligatoria così per gli stranieri che vi si trovino come per i nazionali che contraggano obbligazioni all'estero dove eventualmente quella forma non si richieda. La giurisprudenza francese evita però le confusioni in quella materia ritenendo che anche la forma solenne non sia se non una forma estrinseca regolata dalla legge del territorio dove segue l'atto. La Corte d'Appello di Aix pronunciando nel 1865 sul ricorso contro una sentenza del Tribunale Consolare di Costantinopoli, dichiarò che un contratto di matrimonio con-

chiuso in questa città per scrittura privata secondo le leggi locali, doveva ritenersi valido anche in Francia. (1) Tale soluzione risulta chiaramente dall'articolo 9 preliminare del Codice italiano.

Applicandosi poi il carattere facoltativo della regola *locus regit actum*, lo Stato dove il contratto di matrimonio è concluso dovrebbe riconoscerlo valido quando è fatto fra stranieri secondo le forme prescritte dalle loro leggi invece che da quelle della legge locale; tale validità è ammessa in tutti gli Stati rispetto agli atti fatti in tali condizioni dai proprii sudditi all'estero; (2) ma nel caso inverso non si presenta la stessa unanimità in causa della sollecitudine per la pubblicità la cui osservanza, dove la si richiede, si ritiene voluta dalla tutela dell'ordine pubblico. In Francia si riconosce però anche per quanto riguarda le convenzioni stipulatevi dai coniugi stranieri il carattere facoltativo della regola *locus regit actum*, senza far distinzione fra la *specie* della forma semplice ed il *genere* di forma semplice o solenne del contratto; ed anche recentemente la Corte di Douai infirmando una sentenza del Tribunale di Boulogne sur Mer, riconosceva non solo che due coniugi inglesi possono in genere seguire in Francia nelle convenzioni matrimoniali la forma voluta dalle leggi del loro paese d'origine, ma che possono prescindere come la loro legge li autorizza dallo stipularle per atto pubblico. (3)

Dall'azione e dalla combinazione di questi due elementi, dei quali il primo è eminentemente personale e l'altro eminentemente territoriale, ha origine la convenzione la quale regola i rapporti economici dei coniugi e non pare poter dirsi per sè stessa nè esclusivamente personale nè esclusivamente territoriale, perchè regola per forza della libera volontà delle parti i loro rapporti;

(1) Loi. 1865, 1, 317.

(2) Lehr, *Dr. Civil Anglais.* pag. 110-1. Westlake, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1881, pag. 315.

(3) Trib. Civ. de Boulogne sur Mer 8 Avril 1886, Cour de Douai 13 Janv. 1887. Selby c. Logette. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 57-66; e *Révue Critique*, 1887, pag. 280-4; Critica del Chausse alla prima sentenza: e difesa dal carattere facoltativo delle forme degli atti compiuti all'estero. Il principio *locus regit actum* temperato con l'uso facoltativo delle forme prescritte dalle leggi nazionali è ammesso nella decima regola proposta dal Bar e dal Brusa alla seconda sessione di Bruxelles dell'Istituto di Diritto Internazionale. Annuaire de l'Institut, 1886, pag. 69-70.

però ad un esame più attento essa risulta specialmente collegata allo statuto personale nel senso che, di regola quest' ultimo, e per eccezione la legge territoriale, debbano decidere della validità sostanziale delle disposizioni prese dai coniugi.

Per ricercare quale legge debba imperare in tale materia giova ritornare sul carattere che abbiamo attribuito alle convenzioni matrimoniali e sullo scopo del loro regolamento. Non bisogna dimenticare che esse sono, più che le altre convenzioni in genere, sottoposte ai limiti della legge; per esse la volontà delle parti crea il regime matrimoniale nei confini e secondo l'indirizzo imposto dalla legge; ora, fra i limiti che da questa sono imposti, alcuni tendono a tutelare l'ordine pubblico dello Stato, come le disposizioni che proibiscono di derogare alle prerogative del capo della famiglia, altre, come quelle che escludono la comunione universale, hanno per iscopo di limitare l'assetto spontaneo economico della famiglia stessa.

Per i motivi che ho già accennato i primi limiti dovranno ritenersi come obbligatori per tutti interessando la esistenza della società, gli altri limiteranno la iniziativa individuale entro ai confini della società per cui la legge fu fatta. E per tale società si dovrà ritenere non già tutti gli abitanti del territorio, ma tutti coloro che vi sono collegati giuridicamente entro e fuori delle sue frontiere, poichè, trattandosi di rapporti il cui centro è la persona, competente sopra tutte sarà la legge della società, cui la persona appartiene. Nè nel caso di differenza di nazionalità fra i coniugi si dovrà tener conto per questo di due leggi diverse: ciò deve farsi nel giudicare della capacità dei contraenti, perchè questa dev' essere considerata anteriormente alla convenzione e perciò dev'essere piena secondo entrambe le leggi; ma il contenuto della convenzione stessa è destinato a produrre i suoi effetti dopo che il matrimonio è celebrato, dopo che la moglie diventò soggetta alla legge personale del marito, e dopo che si cessò di dover considerare due persone isolate l'una dall'altra, per aver davanti invece il nuovo ente collettivo, la famiglia, che entrambe le comprende. A questa dunque deve applicarsi una sola legge che è quella cui trovasi soggetto il suo capo; e quest' ultimo non può trovarsi normalmente soggetto per quanto riguarda le sue qualità personali alla legge del luogo dove si trova, ma alla sua legge personale. Nel ricordare però gli Stati che più o meno generi-

camente riconoscono tale principio, gioverà non dimenticare che conflitti possono derivare anche fra loro da ciò che il principio della legge personale vi si concreti piuttosto nel domicilio o nella nazionalità; dei quali conflitti è forse maggiore in questa parte che in altre la possibilità e la frequenza.

519. — Così nella Svizzera troviamo coesistenti i due sistemi di applicazione del principio personale; una parte dei cantoni aderirono ad un concordato del 1822 secondo il quale i contratti di matrimonio e le successioni sono retti dalle leggi del cantone d'origine dei coniugi; altri, fra i quali Ginevra, continuarono ad ammettere, come prima, la legge del domicilio matrimoniale (1) secondo il sistema tradizionale della giurisprudenza francese (2). La giurisprudenza del Tribunale federale tende però anche in Svizzera, come in Italia per l'articolo 6 preliminare, a dare la preferenza alla legge nazionale. Sorse in quel paese nel 1883 un litigio fra diversi eredi di un Badese morto nel cantone di Zurigo, dove aveva tutti i suoi beni, sulla questione secondo quale legge doveva giudicarsi della validità d'un contratto di matrimonio fatto dal defunto nel granducato di Baden. La convenzione, valida secondo le leggi del granducato, sarebbe stata invalida secondo quelle del cantone di Zurigo; i tribunali di prima e di seconda istanza giudicarono che dovesse applicarsi quest'ultima legge in omaggio al domicilio matrimoniale ed alla situazione dei beni; ma la Corte di Cassazione del Cantone decise che mentre la successione doveva liquidarsi secondo il diritto zurighese, conformemente al trattato elvetico-badese sulle successioni, gli effetti del contratto di matrimonio, si sarebbero regolati secondo la legislazione del Granducato. Il Tribunale federale, confermando quest'ultima sentenza, fece rilevare la considerazione che se alle successioni dovevasi applicare la legge della situazione degli immobili dal momento che la lettera di un trattato lo imponeva, era preferibile applicare al contratto del matrimonio la legge nazionale. Tale sentenza è importante perchè, essendovi un accordo analogo fra la Svizzera e la Francia rispetto alle successioni, lascia sperare che anche nel caso di un francese il Tribunale federale si asterrebbe dall'applicare la legge del domicilio ma-

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 398.
(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 87-88.

trimoniale e della situazione degl'immobili al contratto di matrimonio. (1)

Il Laurent (2) critica questa soluzione che è pur quella preferita dal diritto italiano, dicendo che il principio di nazionalità non deve applicarsi all'indicazione della legge che regola le convenzioni matrimoniali, perchè questa legge non forma uno statuto nel vero senso della parola. « E la volontà dei coniugi, egli dice, che tiene loro luogo di legge, e questa volontà è indipendente dallo statuto personale. Dire che le convenzioni matrimoniali dipendono dalla legge nazionale del marito, è dire che esse sono imposte dalla legge e che i coniugi devono sottomettervisi. Questa teoria, a mio avviso, è erronea ». Esposta così assolutamente credo anch'io che sarebbe erronea; ma non lo è più quando si dice che nella legge nazionale si devono cercare i limiti posti alla volontà delle parti; in questo senso vuolsi intendere la personalità dei rapporti di famiglia prescritta dal Codice Italiano, ed in questo senso la intese e l'applicò il Tribunale federale svizzero. (3) Da ciò deriva che se le parti hanno adottato genericamente un regime che sia regolato con qualche diversità dalle leggi del loro paese e da quelle del paese dove hanno fatto la convenzione o dove si trovano o dove posseggono beni, è secondo la prima fra quelle leggi che devonsi ritenere determinate le varie modalità di quel regime matrimoniale.

In questo senso, smentendo in una questione in cui trattavasi di valori mobiliari la dottrina tradizionale del domicilio matrimoniale preferita ancora dal Laurent, decise il Tribunale della Senna il 20 Agosto 1881 in una causa, in cui era rappresentante dei coniugi il Clunet, l'autorevole fondatore del Journal de Droit International Privé. (4) I coniugi Palacios di nazionalità spagnuola maritatisi in Francia avevano fatto precedere il loro matrimonio da un contratto nel quale dichiaravano di adottare il regime dotale, e la sposa si costituiva in dote due titoli di rendita francesi ri-

(1) Brocher, Commentaire au traité fr. suisse p. 41; e Roguin, *Bulletin de Jurisprudence Suisse. Journal de Dr. Int. Privé*, 1884 pag. 651.

(2) Vol. cit., pag. 480-2.

(3) V. Regola decima proposta dal Bar e Dal Brusa all' Istituto di Diritto Internazionale. *Annuaire dell'Institut.*, 1886, pag. 70.

(4) Palacios c. Galichon Journal. 1885, p. 76, 7;

servandosi il diritto di alienarli e di farne l'impiego determinato dalla convenzione. I coniugi, invocando l'alienabilità della dote ammessa dal diritto spagnuolo, sostenevano che, senza aver riguardo all'obbligo di un impiego previsto nel contratto, potevano far procedere alla vendita dei titoli col mezzo di un agente di cambio e riscuoterne il prezzo. L'agente di cambio si rifiutava di procedere alla vendita se non veniva provveduto all'impiego del prezzo. Il Tribunale giudicò che, data l'alienabilità della dote ammessa dal diritto spagnuolo, i coniugi non potevano derogare alle disposizioni di questa e limitare la capacità attribuita loro dalla legge patria rispetto ai beni matrimoniali; dichiarava perciò nullo il contratto in quanto statuiva sull'inalienabilità della dote o sulla sua alienabilità con condizione d'impiego, e decideva che i titoli di rendita potevano essere venduti senza veruna condizione; e ciò quantunque gli sposi fossero domiciliati in Francia ed avessero stipulata la convenzione in quel paese dove è prescritta l'inalienabilità della dote.

Il Rénault nel commentare questa sentenza (1) sostiene che la validità intrinseca dei patti nuziali deve essere retta dalla stessa legge che governa la capacità delle parti; ed applicando lo stesso ragionamento agli immobili di stranieri situati in Francia, afferma che la disposizione dell'Articolo 1551 sull'inalienabilità degli immobili dotali ha per iscopo di regolare non già la condizione dei beni, ma quella delle persone e più precisamente quella della donna; che l'inalienabilità è ammessa non già nell'interesse pubblico, ma in quello della famiglia; che perciò la legge competente ad imporla od a non ammetterla è quella che governa la famiglia, cioè la sua legge nazionale. Egli sostiene pure con perfetta ragione che lo stesso dovrebbe dirsi se si trattasse di uno spagnuolo che avesse sposata una francese, perchè questa acquista la nazionalità di quello ed il contratto di matrimonio non ha effetto se non dopo avvenuto il matrimonio.

Il diritto germanico ed inglese applicano invece la legge personale del marito intendendo per tale quella del domicilio; (2) l'Austria preferisce rispetto ai mobili dovunque situati la legge patria del marito.

(1) *Rev. Critique*, 1885, pag. 582, 3.
(2) Bulmerincq, l. c., pag. 214-7.

520. — Quando i due coniugi si siano sposati senza determinare convenzionalmente il loro regime matrimoniale, parrebbe che dovesse riprodursi rispetto alla determinazione di questo il dissidio riscontrato circa l'apprezzamento della validità intrinseca delle loro convenzioni: che in alcuni paesi (1) si assumesse per legge regolatrice quella del contratto, o quella del territorio dove i coniugi si trovano e posseggono, in altri quella personale suddistinta in legge del domicilio e legge della nazionalità. Ma la questione assume un aspetto particolare a seconda del concetto che si ha del regime che in tal modo viene ad istituirsi; a seconda cioè che se ne ricerca il fondamento nella legge o che si insiste a chiederne l'indicazione alla volontà delle parti che non si è manifestata; poichè dal preferire l'uno o l'altro concetto dipende il fatto dell'acquistarvi un criterio sicuro e costante, oppure quello che anche Stati i quali regolano la capacità secondo la legge nazionale, oscillino nel determinare quel regime a seconda dei casi fra questa legge e quella del domicilio. Sicchè la questione più importante in tale argomento sta nella scelta a cui abbiamo accennato fra il concetto di regime legale e quello di convenzione tacita. Quest'ultima ha per sè una lunga tradizione dottrinale e la giurisprudenza francese; essa sorgeva quando il Dumoulin insegnava che la consuetudine del domicilio non è imposta ai coniugi, ma che maritandosi senza contratto essi si sottomettono tacitamente al regime che quella consuetudine stabilisce; che perciò in questo caso ci troviamo davanti ad una convenzione tacita la cui intima essenza non è diversa da quella della convenzione espressa, poichè vi è sempre dominatrice la volontà delle parti. (2) Tale finzione ha i suoi difensori nel maggior numero degli scrittori francesi contemporanei fra i quali il più strenuo e come sempre il più abile ed eloquente è il Laurent; (3) egli anzi sostiene che nel diritto francese la questione non ha più motivo di essere disputata; il Codice autorizza i coniugi a determinare la condizione dei loro beni ed afferma (4) che le convenzioni delle parti tengono luogo di legge; quando dunque in una materia abbandonata

(1) Vedi n. 515-519.
(2) Vedi Vol. I, pag. 44-6.
(3) L. c., pag. 410-12, 27 e segg.
(4) Art. 1837, 1134.

alla loro libera volontà e rispetto alla quale la legge non regola se non in mancanza di questa, la volontà non si sia manifestata, bisogna ricercare negli indizii di questa volontà a quale legge i coniugi abbiano voluto tacitamente sottomettersi. La magistratura in questo caso non deve applicare direttamente una legge e sempre la medesima legge, ma, come dice il Weiss, ricercare col mezzo di presunzioni quale debba ritenersi indicata dalla tacita volontà delle parti. (1)

Secondo tale teoria è dunque imposto genericamente ai magistrati di procedere nei singoli casi alla ricerca d'un regime matrimoniale tacitamente voluto dalle parti, ma nel silenzio di esse non è dato loro un criterio costante di diritto imperativo per se stesso che li guidi in quella ricerca. Se invece si abbandona la finzione della convenzione tacita, se si ammette che la legge, lasciando libere le parti di disporre, disponga alla sua volta per esse nel caso del loro silenzio, allora non si avrà più un regime tacito da ricercare, ma un regime legale la cui scelta sarà determinata dalle norme di competenza legislativa accolte nei varii paesi nei rapporti di diritto internazionale privato e che dovrà pertanto applicarsi secondo gli stessi criterii ed in modo costante a tutti i casi in cui manchi una convenzione. Perciò non so dividere l'opinione dell'Asser (2) che « cette distinction entre la soummission volontaire et la convention tacite *soit* sans grande portée pratique ».

Se si ammette il concetto del regime legale si trova indicato quest'ultimo con criteri sicuri dai principi di diritto internazionale privato adottati nelle varie leggi rispetto allo stato delle persone ed ai rapporti di famiglia; se invece si suppone l'esistenza di una convenzione tacita si avrà bensì a seconda di quei principii una presunzione prevalente in un paese piuttosto che in un altro, ma si tratterà sempre di una presunzione che un esame di questo o di quell'indizio di volontà potrà smentire; e siccome a tale esame dovrà procedersi dal magistrato, ed alla volontà non manifestata dei coniugi si sovrapporrà pertanto la volontà dell'autorità giudicante commentatrice d'un libro chiuso a questa autorità piuttosto che alle parti competerà effettivamente la scelta, e secondo

(1) Weiss, l. c., pag. 690; e Paquy, *Étude sur les régimes matrimoniaux en Dr. Int. Privé, Révue générale du Droit*, 1887, 4; pag. 297-308.

(2) Asser-Rivier, *Dr. Intr. Privé*, pag. 110, 11.

il valore che crederà di dare ai varii fatti della vita dei coniugi essa indicherà il regime secondo il quale essi non solo dovranno vivere, ma *dovranno anche essere vissuti* il più delle volte senza supporlo fino a quel giorno. Così avviene che in uno stesso paese, come per esempio in Francia, a coniugi maritatisi senza contratto si applichi ora la legge nazionale ed ora quella del domicilio, e ciò non già perchè si esiti fra l'una e l'altra nel regolamento dello statuto personale, ma perchè si assume l'uno o l'altro criterio secondo si crede di poterlo ritenere preferito dalla volontà delle parti, e non vi resta altro criterio costante comune cogli altri paesi se non quello di non ritenere indizio di voler sottomettersi ad una data legge il solo fatto di celebrare il matrimonio nel territorio dove quella legge impera.

521. — Ad eccezione di questo criterio negativo la giurisprudenza francese è stabilita nel senso che si debbano ricercare le circostanze per determinare secondo la volontà delle parti il regime da loro adottato, ed in tal caso siccome la circostanza più notevole per due coniugi, che non abbiano fatta convenzione, è quella d'essersi stabiliti in un paese, così il criterio più frequentemente preferito è quello del domicilio; sicchè si può dire che la prevalenza di questo nella massima parte dei casi sulla nazionalità in questa specie di rapporti sia una conseguenza necessaria dell'ammissione del contratto tacito. Così avvenne nel caso d'un francese maritato al Cairo con una ottomana al cui regime matrimoniale la corte di Aix applicò la legge vigente per gli individui della loro religione in Egitto (1); così il 12 Febbraio 1885 il Tribunale Civile di Marsiglia giudicò a proposito di un inglese maritato e stabilito in Francia. Trattavasi di un certo Guglielmo Beck originario della Contea di Gloucester che avea conservata la nazionalità inglese quantunque avesse fissata la propria dimora in Francia dove aveva sposato una francese, Camilla Loranchet. Questa, venendo a morte lasciava l'usufrutto dei proprî beni al marito e la nuda proprietà ad un parente. Il marito voleva infirmare questa disposizione invocando il diritto inglese che esclude rispetto ai matrimoni anteriori al 1883 la moglie dagli acquisti fatti dal marito durante il matrimonio; l'erede invece invocava la disponibilità di quella sostanza nella sua integrità compresa la

(1) *Rév. Critique*, 1884, p. 729.

metà degli accrescimenti, invocando la comunione dei beni del diritto francese. Il Tribunale dopo aver esposto il consueto principio sulla convenzione tacita, riconosceva che lo straniero domiciliato in Francia che si unisce in matrimonio con una francese senza contratto, è ritenuto aver adottato il regime della comunione legale « soprattutto allorquando come nel caso concreto l'intenzione di fissare il domicilio nel paese si afferma mercè la creazione d'uno stabilimento d'una certa importanza esercitato durante una lunga serie d'anni, il che fa presumere che lo straniero abbia perduto qualunque proposito di ritorno nel paese d'origine », e giudicava che una comunione legale di beni aveva esistito fra i coniugi ordinandone la liquidazione. (1) Ora secondo il tribunale non era la legge che imponeva questo regime al matrimonio già disciolto, ma la volontà dei coniugi, dei quali l'uno era già morto e non aveva mai espresso le proprie intenzioni in proposito, ed il sopravvivente non poteva se non aver avuto sempre una volontà del tutto contraria, ad essere persuasi della quale basta confrontare il diritto francese col diritto inglese anteriore al 1883. Nello stesso senso decise anche la Corte di Cassazione francese il 15 Luglio 1885 a proposito del regime di due altri coniugi inglesi dando molta importanza come indizio di volontà al fatto che erano residenti in Francia prima del matrimonio e dopo vi si erano fermati; (2) dal quale indizio si vede chiaramente quali conseguenze imprevedute e non volute possono derivare in Francia per coniugi stranieri appartenenti a quei paesi, dove, come abbiamo veduto, non sia nelle abitudini di ricorrere al contratto di matrimonio, od il regime dei beni sia legale, unico ed obbligatorio. (3)

In altri casi il regime tacito applicato dai tribunali francesi è quello della nazionalità, senza badare alla menzione fatta nell'atto di matrimonio che lo straniero era domiciliato in Francia. Così decise il Tribunale di Marsiglia cui si unì la Corte di Aix il 7 Febbraio 1882. (4) Un piemontese di nome Bec aveva sposato a Marsiglia nel 1843 una francese che venne a morte nel 1880. Gli eredi legittimi della defunta domandarono in confronto del marito la divisione della comunione dei beni, la quale, secondo il

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 550-60.
(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 93-94.
(3) V. pag. 176-196.
(4) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 188-191.

loro avviso, aveva esistito fra i coniugi conformemente alla legge francese che era la legge del domicilio coniugale. Il Tribunale in questo caso non aderì alla domanda degli eredi. Era necessario secondo quel giudicato che gli attori provassero che al momento della celebrazione del matrimonio il Bec avea l'intenzione di fissare il suo domicilio in Francia; ma essi non avevano provato se non che egli dal 1813 vi aveva risieduto insieme colla moglie e, che vi aveva fondato un importante stabilimento commerciale; ora il Tribunale giudicò questi fatti del tutto secondarii come indizii dell'intenzione di fissare il domicilio, quantunque nell'atto di matrimonio il Bec si fosse dichiarato domiciliato a Marsiglia; e ritenendo regolati i rapporti economici del matrimonio dalla legge italiana, liberò il Bec de qualunque pretesa degli eredi della moglie fondata sulla comunità. (1) Trattasi dunque essenzialmente di una indagine e di un giudizio delle circostanze, il cui risultamento può variare sia per intima diversità delle circostanze stesse sia per diverso criterio di chi per avventura deve giudicarle; è notevole considerare infatti che le condizioni del Bec erano singolarmente analoghe a quelle di William Beck e dei coniugi Hutchinson, di cui abbiamo fatto cenno e cui i tribunali francesi applicarono il regime legale del Codice Napoleone; in tutti questi casi v'erano coniugi stranieri, lungamente residenti in Francia ed aventi colà il centro dei propri affari; pure a tali fatti in due casi si diede un'importanza prevalente, mentre nell'altro caso si trascurarono; l'essere i coniugi Hutchinson manifatturieri in Francia, l'avere William Beck esercitato lungamente a Marsiglia la sua professione di fumista creandovi degli opifici per costruzione di fornelli, contribuì in buona parte a far persuaso il giudice che essi avevano voluto adottare il regime legale francese; ma quando ai giudici dello stesso

(1) Analoga decisione della Corte di Parigi del 5 Febbraio 1887 nella causa della Vedova Duroni-Thirion c. Vedova Duroni e Tisserandot. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 190, 1: trattavasi di determinare nel caso di un italiano che si era ammogliato in Francia e vi aveva passato gran parte della vita, se i suoi rapporti colla moglie soggiacessero al diritto sardo od al diritto francese: siccome egli era ritornato a soggiornare in patria durante gli ultimi anni di vita, si riconobbe che non era senza proposito di rimpatriare al momento del matrimonio e che perciò doveva intendersi ammogliato sotto il regime della legge sarda. Egualmente nel caso di due francesi maritatisi a Pietroburgo dove erano e restarono domiciliati fino alla morte della moglie, il Tribunale Civile della Senna trovò nei rapporti che la defunta

paese fu fatto osservare poi che Giovanni Giuseppe Bec aveva egli pure risieduto a Marsiglia dal matrimonio alla morte della moglie, vi aveva stabilito un magazzino ed avviato un commercio importante di pellami, si ritennero tutte queste circostanze del tutto secondarie. Non è lecito concliudere che in questo sistema è il giudice che in un dato momento della vita dei coniugi sceglie il regime matrimoniale e lo applica con effetto retroattivo alla loro vita coniugale con notevole pericolo di conflitti sia con altri paesi che adottino costantemente un regime come legale, sia anche con paesi che adottino il medesimo criterio generico del diritto francese, poichè se tanto ne variano le applicazioni ai casi concreti nella giurisprudenza di uno stesso Stato quanto più facile non ne sarà la diversità fra i giudicati di un territorio e quelli di un altro pur informati alla formula generale dello stesso criterio?

522. — Lo stesso può dirsi di quei cantoni svizzeri che non si son messi d'accordo per applicare al regolamento dei rapporti matrimoniali la legge nazionale e che continuarono a aderire a quella del domicilio deducendone la presunta elezione, come a Ginevra, dalla tacita volontà delle parti. Per tali motivi il 9 Maggio 1884 il Tribunale civile ginevrino applicò la legge del domicilio appunto nel caso di un italiano che trovavasi in condizioni analoghe anzi più favorevoli a quelle del Bec cui la magistratura francese aveva applicata la legge nazionale. (1) Trattavasi di

aveva mantenuti in Francia e nel ritorno in questo paese del marito dopo la morte di lei, due circostanze sufficienti a far ritenere adottato tacitamente da loro al momento del matrimonio il regime francese della comunità (5 Aprile, 1887, Delagarenne et Muguet c. Rabon, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 334-237). Tale possibilità di regimi taciti diversi a seconda delle circostanze, che risulta dal lasciare alla magistratura piena libertà di apprezzare queste ultime, è ammessa nella formula vaga della Corte di Cassazione francese del 18 Maggio 1886, (Gabay e Sarfati, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 456): Les étrangers qui se marient en France sans contrat, ne sont présumés avoir adopté le régime du droit commun français s' il resulte des circonstances qu' ils ont entendu régler les conditions civiles de leur union par les lois de leur patrie d'origine ». V. circa la competenza dei tribunali francesi a pronunciare la separazione dei beni fra stranieri maritati in Francia e circa il nesso fra quella e la constatazione del regime tacito: Corte di Douai, 15 Febbraio, 1886, Mullier c. La Florida, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 349).

(1) Duc-Amoudruz c. Duc Liebezeit; *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 249-251.

un Sardo domiciliato a Ginevra che erasi ammogliato senza contratto in Sardegna, ed era poi ritornato a Ginevra dove aveva ottenuta la naturalizzazione. Più tardi sorse questione sul regime sotto il quale doveva intendersi ch' egli si fosse maritato, ed il Tribunale prescelse il regime legale del diritto ginevrino. Ora siccome la questione si riferiva all'epoca del matrimonio anteriore alla naturalizzazione non poteva trattarsi di riconoscere l'effetto di questa; tutta la sentenza si appoggiava perciò sul domicilio e sull'indicazione tacita della volontà di adottarne le leggi per il regolamento dei rapporti matrimoniali. Almeno però in questo caso la posteriore naturalizzazione serviva a dimostrare che tale indicazione non era fallace.

In Germania la legge del domicilio è preferita in modo più sicuro, coll'indicazione come regime legale di quello risultante dalle leggi del domicilio del marito al momento della celebrazione del matrimonio, (1) ed anche in Inghilterra ai coniugi si applica nel loro silenzio il diritto del domicilio matrimoniale, (2) come avviene in Belgio nei limiti però e nei modi notati a proposito della giurisprudenza francese. (3)

Par singolare poi che i criterii di quest'ultima siano stati adottati da una sentenza degli Stati Uniti, ma forse il motivo più generale può ravvisarsene nella tendenza del diritto di quel paese ad applicare ai requisiti delle convenzioni in genere sopratutto la *lex loci contractus*. Un americano di nome Harral, venuto in Europa nel 1869 per completare i proprî studî si stabilì in Francia e vi sposò nel 1877 una francese; dopo trascorso un anno ritornò in patria e nel 1881 morì in un ospitale d'alienati. Se si applicava la legge dello Stato di Nuova Jersey a cui egli apparteneva, gli competeva il diritto di disporre di tutti i suoi beni salvo l'usufrutto d'un terzo degli immobili rappresentante il duario della vedova, ed il testamento da lui fatto prima del 1869 col quale lasciava tutti i suoi beni ai fratelli ed alle sorelle era valido rispetto alla intiera sostanza da lui abbandonata. Se invece si applicava la legge francese, alla vedova spettava la metà dei beni facenti parte della comunione. Essendo stato dagli eredi contrastato tale diritto alla vedova ne sorse un litigio dal quale que-

(1) Bulmerincq, l. c., pag. 214-7.
(2) Laurent, pag. 503-4.
(3) Pasicrisie. 1881, II, pag. 263.

sta uscì vincitrice. La Corte di Nuova Jersey giudicò che si dovesse applicare il regime vigente al domicilio del marito al momento del matrimonio e che anche quando, come nel caso concreto, il marito residente in Francia non avesse ottenuto la ammissione al domicilio prevista dall'articolo 13 del Codice Civile, Francese, pure si dovesse ritenervelo come domiciliato nel senso del domicilio matrimoniale, prescindendo dal fatto che intendesse tornare nel proprio paese e che vi fosse poi effettivamente ritornato. « Al momento del matrimonio, disse il giudice, si presume che la moglie segua il domicilio del marito, e che i suoi diritti siano sottoposti alle leggi del domicilio di lui; ma questa presunzione è sorpassata e la conclusione legale è sostituita quando le parti adottano al momento del matrimonio un altro luogo per loro domicilio matrimoniale; in questo caso il domicilio matrimoniale governerà e regolerà i diritti delle parti sui beni mobili ». (1)

523. — Ma oltrechè notarvi un caso di adozione della legge vigente al domicilio matrimoniale originario, un'altra illustrazione si può trarre da questa sentenza circa le conseguenze derivanti nel diritto internazionale privato dalla adozione del criterio del contratto tacito. Apparentemente risulta da quella un segno d'armonia fra la giurisprudenza americana e quella francese; ma la sentenza citata nel caso Bec prova che i magistrati francesi possono in un caso sostanzialmente identico, anzi dopo un più lungo stabilimento del marito in Francia, applicare ai rapporti economici del matrimonio, anzichè la legge del domicilio, quella nazionale. Inoltre è anche più notevole che il Tribunale americano, prima di decidere la controversia fece interrogare a Parigi alcuni giuristi francesi sopratutto intorno al domicilio ed ai suoi effetti; e ne risultò « che un matrimonio contratto in Francia senza convenzione da uno straniero, che vi stabilisca il domicilio matrimoniale, ha per effetto di sottomettere i coniugi al regime della comunità ». Un voto così preciso dato da persone così competenti influì sulla decisione dei giudici americani i quali credettero di applicare il diritto francese, mentre non lo applicavano punto; poichè i periti francesi avevano attestato in buona fede come diritto del loro paese ciò che non lo era in modo assoluto.

(1) Cachard, Union celebrée en France sans contrat entre un americain et une française. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 280-3.

Da tuttociò risulta non solo che nei rapporti di famiglia il criterio della prevalenza della legge nazionale è intrinsecamente preferibile a quello mutabile e vario del domicilio, ma che in questa materia la teoria del contratto tacito in virtù della quale il giudice puo preferire, supponendo la volontà delle parti, l'uno e l'altro criterio è atto sopratutto ad aumentare i dissidii ed i conflitti anche fra paesi che vanno d'accordo nell'adozione degli stessi criterii generici. Tutti questi inconvenienti spariscono nel sistema che sostituisce all'idea del contratto tacito quella del regime legale, ed alla legge del domicilio quella della nazionalità; in tal caso non si deve più cercare mediante finzioni e presunzioni che cosa abbiano voluto le parti che non espressero la propria volontà, non si deve più oscillare fra l'adozione della legge patria e quella di un domicilio variante, nei riguardi delle sue conseguenze giuridiche, secondo i paesi, dallo stabilimento definitivo alla residenza transitoria, ma si considera che quando le parti non dispongono, è la legge per se stessa che impera, e che nei singoli casi, trattandosi di rapporti di famiglia, la legge più competente ad imperare è quella della patria.

Tale soluzione risulta conforme all'articolo 6 preliminare del Codice italiano, ed è più limitatamente adottata dal diritto sassone, badese, austriaco e da una parte dei cantoni svizzeri, (1) e dalla undecima delle regole proposte successivamente dall'Arnzt e dal Westlake, e dal Bar e dal Brusa all'Istituto di Diritto Internazionale. (2) Le regole proposte dal Koenig invece (3) ammettono pure la necessità del regolamento uniforme per ogni famiglia del regime dei beni dovunque situati, e respingono pure il concetto del contratto tacito, ma preferiscono come legge regolatrice quella del domicilio dei coniugi al momento del matrimonio.

524. — Dato ora un regime, convenzionale, legale o tacito, l'ideale sarebbe che, nei limiti consentiti dall'ordine pubblico, questo si applicasse dovunque ad ogni maniera di beni appartenenti ai coniugi. Quando il Dumoulin attribuiva allo statuto personale il contratto di matrimonio, non era possibile riconoscere tale estraterritorialità se non al regime convenzionale, mentre quello legale

(1) Bulmerincq, l. c., pag. 214-7.

(2) *Annuaire de l'Institut de Dr. Int.*, 1885, pag. 41 e 1886, pag. 70.

(3) *Annuaire de l'Institut de Dr. Int.*, 1886, pag. 75-6.

doveva ritenersi strettamente territoriale in virtù della massima che il Dumoulin stesso non combatteva: « les coutumes sont réelles ». Fù perciò che egli cercò di sostituire all'idea del regime legale quello del contratto tacito che sola gli permetteva di attribuire il regime coniugale anche in mancanza di convenzioni allo statuto personale; (1) sicchè il dissidio fra lui ed il D'Argentré sull'estraterritorialità del regime matrimoniale in mancanza di convenzioni, era (nel loro accordo sulla realità delle *coutumes*) interamente collegato e dipendente dall'ammissione o no del contratto tacito.

Nell'attuale stato del diritto internazionale non v'è più un necessario legame fra l'estraterritorialità e la convenzionalità del regime matrimoniale; ad una legge si riconosce la competenza a regolare in modo universale un determinato rapporto giuridico non meno che alla volontà delle parti, sicchè volendo ricercare a quanto si estenda nei varii paesi il riconoscimento internazionale del regime matrimoniale od in quanto vi si oppongano qua e là altri limiti oltre a quelli dell'ordine pubblico, si può trattare insieme e del regime convenzionale e del non convenzionale sia questo ritenuto legale o tacito secondo la legge e la giurisprudenza dei diversi territori. Tanto nell'un caso quanto nell'altro la maggiore estensione all'operare del regime straniero si concede dal diritto del nostro paese.

Infatti nel caso di un contratto di matrimonio fra stranieri si applicherà alla loro capacità la legge nazionale riconosciuta dall'articolo 6, ed alle loro stipulazioni la disposizione dell'articolo 9 secondo il quale: « la sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui furono fatte, e se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale; e salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà ». Sicchè al regime adottato da coniugi stranieri, nei limiti della capacità stabiliti dalla loro legge, viene riconosciuto in Italia pieno effetto estraterritoriale. Tale effetto non sarà limitato se non dalle disposizioni italiane d'ordine pubblico; così non potrebbero conseguire applicazione in Italia le stipulazioni deroganti ai diritti del capo della famiglia, (2) o quelle che dessero alle disposizioni testamentarie dei coniugi stranieri dimoranti o possedenti in Italia rispetto ai beni qui situati un carattere irrevocabile.

(1) Cons. 53, Op. vol. II, pag. 964. — (2) Art. 1379.

Nè a diverso risultamento si arriva nel nostro paese quando manchi una convenzione matrimoniale: in tal caso si applica l'articolo 1378 del Codice Civile che dispone essere la società coniugale relativamente ai beni regolata dalle convenzioni delle parti e dalla legge. Quando manchino del tutto le convenzioni non resta per regolarle secondo il diritto italiano che la sola legge; e, trattandosi di rapporti di famiglia, quale questa legge sia, risulta dall'articolo 6 del titolo preliminare. Quello stesso effetto estraterritoriale che si riconosce dunque nel primo caso alla convenzione delle parti, è riconosciuto nel secondo alla loro legge nazionale e gli stessi limiti d'ordine pubblico che temperano in quanto è assolutamente necessario le conseguenze dell'una esercitano lo stesso effetto su quelle dell'altra. Così un motivo d'ordine pubblico giustificherà disposizioni provvisionali adottate oltrechè rispetto alle persone anche rispetto ai beni dei coniugi stranieri che si trovino in Italia, quantunque non contemplate dal diritto del paese cui appartengono, ogniqualvolta siano giustificate dalla tutela dell'ordine famigliare e dalla necessità di provvedere in qualche modo alla sicurezza della moglie. Per tal motivo i Tribunali italiani possono ritenersi competenti a pronunciare la separazione dei beni fra stranieri la cui legge non conceda alla donna separata la restituzione della dote. (1) Per la stessa ragione può giustificarsi la competenza ritenuta dal Tribunale Cantonale di Vaud a pronunciare la separazione dei beni fra due coniugi francesi, quantunque sul regime matrimoniale prevalgano in quel cantone principii analoghi a quelli del Codice italiano. (2)

525. — Ma nel sistema francese tale estensione del regime matrimoniale considerata nella pienezza dei suoi effetti non si riscontra più; non solo vi si fanno valere quei limiti alla libertà delle convenzioni matrimoniali che interessano veramente l'ordine pubblico dello Stato, ma la giurisprudenza, facendo rigida applicazione dell'alinea II dell'articolo 3 del Codice Civile, tende ad escludere gli immobili dagli effetti del regime attribuito alle parti, e ciò senza far distinzione fra il regime degli stranieri in Francia e quello dei francesi all'estero. Il Deglin cita una sentenza del 1852 su quest'ultimo caso. (3)

(1) Corte di Messina, 4 Maggio, 1869, Ann. d. Giurispr. It. 1872, 2, pag. 590.
(2) 1 Aprile 1885, Erieult c. Erieult, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 210-1. (3) C. d'App. de Metz, 9 Giugno 1852, affaire Désormaux.

Due francesi originarii di quella parte della Francia, dove imperava il regime della comunione dei beni, si erano maritati senza contratto nel 1793 a Dublino dove il marito aveva più tardi comperate due case. Alla morte dei coniugi gli eredi della moglie reclamarono in confronto di quelli del marito una parte degli immobili situati in Irlanda; ma la Corte giudicò che l'unione contratta all'estero fra francesi si trova, in mancanza di convenzioni sottomessa rispetto ai mobili soltanto al regime della comunità legale, respingendo la domanda degli eredi della moglie circa gli immobili, perchè questi devono essere retti dallo statuto reale del luogo dove sono situati ». Sicchè da questa legge dev'essere determinato tanto nel caso di convenzione espressa come di convenzione tacita se essi possano formare oggetto di quella data disposizione. Così essendosi ammesso che due italiani maritatisi a Tolone senza contratto avessero adottato il regime della comunione dei beni, sorse il dubbio se in seguito alla disposizione proibitiva della loro legge nazionale, limitante il regime della comunione ai soli acquisti, dovesse attribuirsi soltanto quest'ultima ai loro rapporti economici, ma la Corte di Cassazione francese respinse tale dubbio ritenendo che quella disposizione relativa ai beni non possa sortire verun effetto sugli immobili situati in Francia. (1)

E nel 1881 la Corte di Cassazione ribadiva la medesima dottrina a proposito d'un litigio (2) fra eredi americani ed una vedova americana circa i diritti rispettivi sugli immobili lasciati a Parigi da un americano defunto, disponendo che: « s'il est constant que les époux L. mariés sans contrat de mariage dans l'état de Virginie, doivent suivant leur volonté presumée, être réputés avoir choisi les dispositions du code de cet état comme règle de leur association conjugale, et si cette législation crée au profit de la femme un douaire d'un tiers qui peut être augmenté sans restriction pour le mari, soit par contrat entre vifs soit par testament, la loi française, n'admettant pas le douaire, la veuve L. ne peut en réclamer l'exercice sur l'immeuble français à l'encontre des héritiers réservataires et de leurs ayant cause; que les dispositions qu'elle invoque ne peuvent avoir d'effet qu'à titre de liberalité et dans la mesure de la quotité disponible fixée par l'article 1094 du Code Civil; que l'application à l'immeuble litigieux

(1) Dalloz, 1857, 2, 43. — (2) 4 Aprile 1881.

soit de la législation en vigeur dans l'état de Virginie, soit des dispositions testamentaires par lesquelles I. B. L. a légué à sa femme la moitié de tous ses biens immobiliers ou mobiliers pour lui tenir lieu de douaire, aurait pour résultat, si elle s'operait à titre d'une convention matrimoniale constitutive d'une dette du mari en faveur de sa femme, de porter atteinte aux principes d'ordre public, qui, dans le Code Civill protégent les droits de heritiers reservataires ».

Lo stesso limite vige rispetto alla proprietà reale negli altri paesi d'Europa dove, come in Austria, sussiste ancora in buona parte la distinzione fra statuto personale e reale, e sopratutto in Inghilterra ed in America dove quest'ultimo conservò l'antica prevalenza. Gli effetti delle convenzioni, e gli effetti del regime tacito e legale sugli immobili situati in quei territorii ed in certi casi sui beni in generale, saranno determinati esclusivamente dalle leggi che vi sono in vigore per quanto si tratti di coniugi stranieri; così la Corte della Luisiana (1) applicò il proprio diritto ai beni di coniugi stranieri maritati all'estero sotto un regime diverso da quello della comunità. Anzi, secondo attesta il Phillimore, (2) il diritto inglese è a tale riguardo meno rigido di quello americano, poichè rispetto alle convenzioni espresse, le Corti d'Inghilterra si attengono alle disposizioni delle parti e le eseguiscono senza tener conto del luogo dove furono fatte nè del domicilio dei coniugi, mentre nella Luisiana si hanno esempî e d'imposizione del diritto locale in mancanza di convenzione al regime matrimoniale sui mobili come un effetto della residenza, e della sua imposizione rispetto agli stessi immobili ed anche, ad onta di convenzioni espresse, in virtù del rispetto all'impero della *lex rei sitae*.

Il diritto argentino rispetta, qualunque sia la legge del domicilio matrimoniale o del nuovo domicilio, le convenzioni matrimoniali; ma in mancanza di contratto di matrimonio vuol regolati i beni mobili dalla legge del luogo di celebrazione del matrimonio e gli immobili da quella del territorio dove sono situati. (3) Il riconoscimento dello stesso principio rispetto agli immobili appa-

(1) Lawrence, l. c.
(2) Phillimore, vol. IV, pag. 330, n° 468-474, II, edizione.
(3) C. C. Argentino, art. 160-5.

risce anche dalla giurisprudenza svedese; (1) nel caso di un marito divorziato il quale domandava d'essere compensato sui mobili della comunione del valore di un immobile ereditato da lui in Germania e venduto durante il matrimonio, adducendo la regola del diritto svedese che esclude gli immobili ereditarii dalla comunione, la Corte Suprema ne respinse le pretese dichiarando limitati gli effetti di quelle disposizioni agli immobili situati nel territorio dove sono in vigore le leggi svedesi. Tale limitazione è pure ammessa dall'Arnzt e Westlake, dal Bar e Brusa (2) e molto più limitatamente dal Koenig (3) nelle rispettive proposte all'Istituto; è invece, con una soluzione eccezionale nella giurisprudenza francese, respinta da una sentenza della Corte di Parigi del 5 febbraio 1887. (4)

526. — Ora un'altra domanda si presenta rispetto al regime matrimoniale convenzionale e tacito o prodotto dalla legge; quella cioè relativa alla sua mutabilità ed immutabilità. Se due coniugi appartengono ad un paese dove è prescritta la immutabilità del regime matrimoniale e trasferiscono il domicilio od ottengono la naturalizzazione (secondo che si vuol retto da quello o dalla nazionalità lo statuto della persona) dove sia ammessa la mutabilità, potranno essi mutarlo? E se appartenendo ad un paese che ammette la mutabilità, si domiciliano o si naturalizzano in un paese che la vieta, perderanno perciò in quest'ultimo quella facoltà che la prima legge loro garantiva? (5) E, dato che non abbiano fatta veruna convenzione, continuerà a reggere i loro rapporti di famiglia la legge originariamente applicata a quelli come la più competente, oppure sarà sostituita dal nuovo diritto personale, od in fine si lascieranno sussistere le regole della prima per tutto ciò che fu antecedente, sostituendola colla seconda per tutto quanto fu susseguente al mutamento? La soluzione più retta e più equa

(1) Corte Suprema, 6 Marzo 1885, Schwerin c. Schwerin, *Journal de Dr. Int. privé*, 1886, pag. 376-7.

(2) *Annuaire de l'Institut*, 1885, pag. 44 e 1886, pag. 70.

(3) Regola 10, al. 3° e 11, l. c., pag. 75-6.

(4) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 190-1.

(5) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 730-1. Tribunale dell'Impero di Lipsia 7 ottobre 1884: trattavasi di due coniugi wurtemberghesi domiciliati nel Baden, che aveano voluto in questo paese approfittare della disposizione della legge patria accordante di metter fine alla comunione dei beni durante

è senza dubbio quella che il Dumoulin dava della controversia. « Sed controvertunt: si maritus postea cum uxore transtulerit domicilium, an debeat attendi illud quod erat tempore contractus, an vero ultimum quod invenitur tempore mortis? Sed hoc non solum iniquum; quia maritus de loco in quo nihil lucratur vel tantum quartam posset transferre domicilium ad locum in quo totam dotem lucraretur, praemoriente uxore sine liberis, ut Tolosæ. Et quod sit falsum, probo per tex. *d. l. exigere fin.*, ubi loquitur de certo illo domicilio ad quod ipsa mulier per conditionem matrimonii, ergo rebus sic stantibus erat transitura. Ergo intelligitur de primo tunc praeviso et intellecto et non de posteriori ». (1)

Se non che il concetto di stabilità che è insito nella vita della famiglia, l'organismo di questa che comprende in sè quelli dei suoi singoli componenti, gli interessi dei terzi che vi sono impegnati ed il rispetto in genere dei diritti acquisiti, inducono nella stessa conclusione anche quando trattisi di mutamento non già di un solo coniuge in opposizione alla volontà dell'altro, ma compiuto d'accordo da entrambi. L'ordine cui tende il diritto internazionale richiede pertanto il più completo riconoscimento della immutabilità del regime originario e delle attitudini che rispetto ad esso avevano originariamente i coniugi. Giova però rammentare a questo punto che quando parlasi di immutabilità garantita dal diritto internazionale, non intendesi quella per cui resta vietato assolutamente ogni mutamento del regime coniugale originario, ma quella per cui è allontanata la possibilità di alterazione nelle norme che originariamente la regolavano; sicchè resti dovunque immutabile se così era da principio, e se da principio era mutabile resti tale anche dopo e dovunque. A tale immutabilità non dovrebbero portare un limite se non le esigenze dell'ordine pubblico, ed un esempio dell'estensione modesta di queste ultime lo accennammo parlando dell'obbligo dell'anteriorità del contratto di matrimonio e del divieto

il matrimonio per pacifico accordo. Ad istanza di un creditore badese venne pronunciata la nullità della separazione come offensiva del diritto badese che proibisce la separazione volontaria dei beni durante il matrimonio. Così il regime economico di quella famiglia restava materialmente immutato, ma diveniva giuridicamente mutabile, per ciò appunto che i coniugi perdevano nel nuovo domicilio la facoltà di portar modificazioni al regime matrimoniale originario.

(1) Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus.

di stipularlo posteriormente allo stesso, obbligo e divieto che si collegano con questa immutabilità del regime matrimoniale.

Un altro limite meno ragionevole del primo alla immutabilità del regime, risulta dal diritto di quei paesi che sanciscono in via assoluta la territorialità di tutte le disposizioni legislative relative agli immobili. In quelli Stati si potrà applicare senza mutazioni una convenzione espressa stipulata fra stranieri anche agli immobili situati nel territorio, ma quando si tratterà del regime legale o tacito gli effetti dovranno arrestarsene alla frontiera per lasciar posto, rispetto agli immobili situati al di là, al regime risultante dalle disposizioni della legge territoriale; a più forte ragione questo regime si applicherà in un paese dove viga un tale principio agli immobili di stranieri che vi abbiano trasferito il domicilio od ottenuta la naturalizzazione. Avvertiti così i limiti entro ai quali possa nei varii paesi farsi valere il principio della immutabilità, giova vedere dove sia ammesso e donde respinto.

527. — Il riconoscimento di tale principio nel diritto italiano risulta da quanto è disposto circa le convenzioni, e circa il regime matrimoniale il cui regolamento nella mancanza di stipulazioni è attribuito alla legge, (1) garantendone nel tempo stesso la immutabilità; (2) quando, in mancanza di convenzioni, si deve pertanto ricorrere alla legge, bisogna ricorrere a quella in vigore per i coniugi al momento del matrimonio, nè, secondo il diritto italiano le leggi posteriori anche personali, hanno più autorità di mutarlo. (3)

Nel diritto francese la prescrizione di immutabilità ha ben diversa latitudine di effetti in seguito all'interpretazione data dalla giurisprudenza alla disposizione dell'Articolo 3 sui beni immobili. Perciò nel caso citato dei coniugi Palacios si ammise l'immutabilità del regime originato sotto l'impero della legge spagnuola senza eccettuare l'alienabilità della dote ammessa da quella legge, perchè trattavasi di sostanza mobiliare rispetto alla quale il domicilio francese non poteva produrre verun effetto; (4) così trattandosi di una donna scozzese che reclamava in Francia il beneficio della sua legge personale che reputa parafernali tutti gli

(1) Art. 1377. — (2) Art. 1385.

(3) V. regola 11 dell'Arnzt e del Bar e Brusa. Annuaire de l'Institut 1885 pag. 44 e 1886, pag. 70 e la regola 11 proposta dal Koenig, pag. 76.

(4) V. Journal l. c.

oggetti mobili destinati al suo uso personale, il magistrato francese riconobbe quantunque i coniugi fossero domiciliati in Francia e fossero in causa obbligazioni contratte con francesi dal marito, la persistenza di quella immunità; (1) ma quando si tratta di immobili prevalgono le disposizioni la legge francese, sicchè rispetto a quelli, due coniugi soggetti al regime dotale con alienabilità della dote, non potrebbero far valere in veruna guisa tale alienabilità in Francia; così da poter dirsi che in tal caso la legge francese imponendo l'inalienabilità dotale ai loro immobili impedisce l'immutabilità giuridica del loro regime. In Austria vige la stessa limitazione per gli immobili ed in Prussia la limitazione al riconoscimento delle immutabilità può essere ancora più comprensiva.

Infatti la legge prussiana (2) stabilisce bensì che « il mutamento del primo domicilio non produce generalmente alcuna modificazione alle regole cui i coniugi eransi anteriormente sottomessi » ma soggiunge (3) che « se però i coniugi hanno trasferito il proprio domicilio da un luogo dove non esisteva la comunione dei beni ad un luogo dove essa sia abituale, tutti i rapporti contratti in quest' ultimo territorio saranno governati nei riguardi dei terzi dalle regole della comunione. (4) Il Pascaud (5) attesta che la legge attuale della Repubblica Argentina non fa derivare verun mutamento di regime dal mutamento di domicilio; ma invece risulta dal Codice Argentino (6) che in tal caso i beni acquistati durante il matrimonio vi sono retti dalla legge del domicilio al momento del loro acquisto. Il Lawrence cita una sentenza della Corte di Nuova York che applica lo stesso principio

(1) Laurent, vol. V, pag. 448, 9.

(2) Landrecht Pruss., Part. II, Tit. I, § 351.

(3) § 352.

(4) § 353. Quanto si è detto del mutamento di domicilio dei coniugi si applica anche agli altri mutamenti di giurisdizione da quella cui erano sottomessi al momento del matrimonio. § 354. Nei luoghi dove la comunione dei beni non risulta dalle leggi della provincia o dagli statuti, può essere stipulata per contratto, ma soltanto prima della celebrazione del matrimonio. § 355. Quando però i coniugi mutano il loro domicilio da un luogo dove la comunione dei beni non esiste ad un altro dove esiste, possono in vista dei rapporti successorii, sottomettersi per contratto a quest'ultima regola.

(5) Pascaud, l. c. — (6) Art. 160-5.

a due coniugi francesi domiciliati in America ma nota che i pareri dei giudici si bilanciavano e che il giudicato stesso forma un'eccezione isolata nella giurisprudenza degli Stati Uniti rispetto ai beni immobili.

528. — D'altronde gli Stati che ammettono la mutabilità volontaria del regime matrimoniale nel proprio territorio, difficilmente possono adattarsi a riconoscervi l'immutabilità dei regimi legali dei coniugi stranieri che vi trasferiscono il domicilio o vi si naturalizzano, ritenendo alcune manifestazioni di quella mutabilità, per esempio la alienabilità della dote, come interessante la costituzione economica della società e la libera circolazione delle ricchezze. In paesi poi come gli Stati Uniti d'America dove anche gli effetti dello statuto personale in genere sono poco largamente riconosciuti, altri motivi si oppongono al riconoscimento della persistenza del regime anteriore al mutamento del domicilio o della nazionalità anche riguardo ai beni mobili. « In un paese, dice lo Story, (1) che conta circa una cinquantina di Stati e quasi una metà di nazionalità distinte, il piano assurdo di dare alla relazione matrimoniale la legge immutabile del luogo dove il matrimonio fu celebrato o del domicilio delle parti in quel momento, o del domicilio coniugale proposto, darebbe luogo ad una tale confusione nei termini della legge che basterebbe a dimostrare come una tale regola non potrebbe basarsi su verun principio giusto e pratico ». La giurisprudenza degli Stati Uniti a tale riguardo può ritenersi fissata nel senso di applicare la legge territoriale ai beni acquistati dopo il mutamento di domicilio. E fra tutti i giudicati sono più notevoli quelli della Luisiana, perchè invocano in proprio appoggio anche il diritto spagnuolo. La sentenza che ho citato (2) della Corte della Nuova Iersey apparisce dunque come eccezionale e come indizio di una nuova tendenza nella giurisprudenza americana.

Rispetto all'Inghilterra il Guthrie (3) attesta non poter dirsi che vi sia alcuna decisione delle corti britanniche in un senso o nell'altro, ma riferisce però un'opinione giudiziaria generica secondo la quale « quando il domicilio è mutato, il contratto im-

(1) Conflict of Laws, § 171, pag. 234, ediz. Redfield.

(2) Vedi pag. 218.

(3) Guthrie, l. c., pag. 297, nota n.

plicito muta con esso ». (1) I casi in cui fu stabilito che sotto l'impero della vecchia legge scozzese il diritto dei rappresentanti di una moglie premorta alla parte a lei spettante dei beni che trovansi in comunione alla sua morte, dipende dal diritto di domicilio al momento della dissoluzione e non a quello della costituzione del matrimonio, può ritenersi indicare una soluzione contraria alla immutabilità anche in Iscozia. Il Westlake, scrivendo posteriormente al Guthrie, (2) conferma il silenzio della giurisprudenza e non fa che pronunciarsi personalmente per la immutabilità. Anche in Austria, mutata la nazionalità si ammette che il regime matrimoniale muti con essa anche riguardo ai mobili. (3) In Olanda si applica invece a stranieri il regime olandese solo allorquando immediatamente dopo il matrimonio si stabiliscano nel territorio dello Stato. (4)

Limitata pertanto in qualche paese dall'indole stessa dei beni, in altri limitata, anche rispetto ai beni mobili, a quelli anteriori al mutamento di nazionalità o di domicilio, in altri infine negata quando tale mutamento sia avvenuto, anche la immutabilità del regolamento giuridico del regime matrimoniale presenta nelle leggi la maggiore disformità di garanzie e per la diversità dei criterî relativi allo statuto della persona, la maggiore occasione di conflitti. Soltanto quando si cessasse dovunque di ravvisare nei rapporti dei coniugi maritati senza convenzione l'effetto di un contratto tacito per riconoscervi invece quello dell'unica legge competente a regolarli; quando si cessasse dovunque di considerare ogni legge relativa agli immobili come una disposizione assolutamente imperativa; quando non si dimenticasse nei riguardi di tutti i beni di qualunque specie essi siano che ciò di cui trattasi è il regolamento della famiglia, la cui legge importa sia unica ed i cui rapporti importa che siano costanti ed universalmente riconosciuti, allora

(1) Caso Kennedy c. Bell, 1884.

(2) Westlake, l. c., § 34.

(3) Così il Bulmerincq, l. c. Vedi però nei rispetti del diritto transitorio, una sentenza della Corte Suprema, in contradizione con questo principio, del 3 Novembre 1882. *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1886, Lyon Caen. Jurisprudence autrichienne, pag. 474.

(4) Trib. di Maestricht. 9 Novembre 1871 e 30 Giugno 1877 e Corte di Bois le Duc, 19 Febbraio 1878; Hingst S. J. La Jurisprudence des Cours et des Tribunaux des Pays Bas en matière de droit international; *Revue de Dr. Int.*, 1881, pag. 401-417.

anche nel regolamento dei rapporti economici dei coniugi, le varie legislazioni, movendosi tutte nella propria sfera ben definita, regolerebbero i rapporti che logicamente ne dipendono senza reciproci incagli, senza contraddizioni e senza conflitti.

529. — Di soluzione molto più chiara è la questione relativa agli effetti delle specie di garanzia concesse dalla legge alla moglie sui beni del marito, perchè esse, considerate in atto, riguardano più direttamente il regime della proprietà.

Alcuni paesi non conoscono l'ipoteca legale della donna maritata sui beni del marito come l'Austria, la Russia, gli Stati Scandinavi, l'Olanda che la riconosceva ma che l'ha poi abolita e l'Inghilterra, dove però la Corte della Cancelleria riconobbe alla moglie il diritto che il suo coniuge costituisca una certa somma a profitto di lei. (1)

Altri paesi ammettono l'ipoteca a favore della moglie, ma la sottopongono a certe condizioni: così l'Italia riconosce ipoteca legale (2) alla moglie sui beni del marito per la dote e per i lucri dotali, determinando che essa abbia luogo su tutti i beni del marito posseduti al momento in cui la dote è costituita, ma stabilisce (3) che l'ipoteca non abbia effetto se non è resa pubblica e non possa sussistere che sopra beni specialmente indicati e per somma determinata in denaro. In Spagna (4) le donne maritate godono di una ipoteca legale sui beni del marito per le doti consegnate solennemente davanti notaro o per quelle semplicemente riconosciute, purchè la consegna effettiva ne sia stata legalmente constatata; così pure in Polonia secondo la legge del 1825, ma l'ipoteca deve essere iscritta; ed in Belgio la legge ipotecaria del 1850 la sottopose alla stessa condizione. Il Codice francese stabilisce invece che « esiste l'ipoteca indipendentemente da qualunque iscrizione (5) a vantaggio della moglie per ragione della sua dote e delle convenzioni matrimoniali da computarsi dal giorno del matrimonio sopra gli immobili del marito.

Ma in tale argomento, trattandosi di una garanzia inerente al regime matrimoniale, e nel tempo stesso di una disposizione riguardante direttamente il regime della proprietà, la soluzione di diritto internazionale si presenta chiara: nessuna moglie straniera

(1) Equity to a settlement, Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 98-100.

(2) Art. 1969. — (3) Art. 1965.

(4) Legge Ipotecaria Art. 168. — (5) Art. 2135.

potrà vantare un'ipoteca legale in un paese che pur la ammetta, se quella garanzia non sia ammessa dalla legge che governa il suo regime matrimoniale, e nessuna moglie potrà farla valere, invocando la propria legge, dove quell'istituto manchi, o farla valere dove esista in forme diverse da quelle imposte dal diritto locale. Così una donna italiana non potrebbe far valere l'ipoteca legale sui beni del proprio marito situati in Olanda od in Inghilterra, ed una donna francese non potrà farla valere, se non sia stata iscritta, sui beni del proprio marito in Italia.

530. — Ma in Francia la questione della legge che deve regolare l'ipoteca legale della moglie straniera si complica e si subordina all'altra: se quella garanzia alla moglie straniera possa spettare, anche nelle condizioni volute dal diritto francese, comunque garantitale dalla legge dello Stato da cui dipende. La negazione è una conseguenza della massima che vuol riservati i diritti civili (1) ai soli francesi; sicchè anche una donna francese che sposi uno straniero resta priva dell'ipoteca legale nel territorio della sua antica patria. Così decisero recentemente il Tribunale di Lilla e la Corte d'Appello di Douai (2). Una donna francese aveva sposato un inglese in Francia ed il suo contratto di matrimonio vi era stato redatto; più tardi essa volle far valere sui beni del marito situati in Francia la ipoteca legale; ma la sua domanda fu respinta in entrambi i gradi di giurisdizione perchè « cette hypothèque est une institution de droit purement civil et que le français seul peut s'en prevaloir sauf les cas prévus par la loi ». In seguito al ricorso della moglie la Corte di Cassazione (3) ne respinse i reclami confermando che « l'hypothèque légale ne dérive pas du droit des gens; qu'elle est, quant à son existence et à ses effets, une institution de droit civil, et qu'elle ne peut naître que d'un mariage entre Français ou entre ceux à qui les mêmes droits sont accordés par la loi française ». (4) Sicchè le mogli straniere non possono reclamare il diritto d'ipoteca legale sui beni del marito in Francia se non appartengono ad un paese col quale la Francia sia

(1) Vedi vol. II, parte I, pag. 196, 7.

(2) 29 Dicembre 1881. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 511-14.

(3) 4 Marzo 1884, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 502-3.

(4) Fra questi sarebbero gli Italiani in virtù dell'Articolo 22, n° 1, del « Traité de limites et jurisdiction » conchiuso a Torino il 24 Marzo 1760 fra la Francia e la Sardegna: « Que de la même manière que les hypo-

legata da una disposizione convenzionale su tale argomento o se non furono autorizzate a stabilire il domicilio e investite così dell'esercizio dei diritti civili attribuiti ai cittadini.

Il Rénault, nel riferire la sentenza della Corte di Cassazione la loda per non aver dato importanza all'origine francese della moglie ed al contratto fatto in territorio francese, ma sul punto di diritto che vi si sancisce le muove parecchie e giuste obiezioni. (1) La Corte afferma che l'ipoteca legale non è un istituto del diritto delle genti, ma del diritto civile; ma gli effetti dell'ipoteca legale sono pur determinati dal diritto civile; e la stessa cosa potrebbe dirsi dell'ipoteca giudiziaria, che nessuno contesta agli stranieri; la Corte nega l'assimilazione fra le due ipoteche, dicendo che il diritto per lo straniero d'invocare quella giudiziaria dipende da ciò che egli è ammesso a stare in giudizio in Francia; ma si potrebbe obiettare che il diritto all'ipoteca legale risulta dall'autorizzazione a contrarvi matrimonio; infine nessuno contesta che uno straniero, il quale abbia venduto i proprii immobili in Francia possa invocare su quelli un privilegio, eppure (2) trattasi d'un privilegio immobiliare non essenzialmente diverso da un'ipoteca legale. L'interpretazione dell'articolo 13 del Codice Civile che per forza di tempi non può esser più rigida, è costretta ad essere contraddittoria, e così ricorre spesso nella terminologia degli scrittori e delle Corti Francesi questa frase: *istituto di diritto delle genti* e *istituto di diritto civile* in un senso romano e del tutto diverso da quello che dovrebbero avere nel diritto internazionale privato, poichè in questo tutti gli istituti di diritto civile dovrebbero essere di diritto delle genti, non già nel senso che ne possano fruire anche gli stranieri, ma relativamente a tutti quei casi, in cui, considerando gli individui che agiscono o possiedono fuori del proprio paese, importa determinare delle varie leggi e dei varii istituti coi criterii del diritto internazionale il modo ed i limiti dell'azione territoriale.

thèques établies en France par actes publiques ou judiciaires sont admises dans les tribunaux de S. M. le roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les tribunaux de France pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir soit par contrats publics soit par ordonnances ou jugements dans les États de S. M. le roi de Sardaigne.

(1) *Revue Critique*, 1884, pag. 593, 4.

(2) C. C. Fr., art. 2103-10.

VIII

SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

531. Nullità del matrimonio. — 532. Conflitti derivanti dal collegare o no la competenza alla nazionalità e dall'ammettere o no l'applicabilità della *lex fori*. — 533. Effetti nei riguardi del matrimonio putativo. — 534. Divorzio: suo sviluppo storico. — 535. Divorzio dei popoli civili e ripudio di quelli di civiltà inferiore. — 536. Come debbano considerarsi dal diritto internazionale i modi di scioglimento del matrimonio. La separazione ed il divorzio. — 537. Stati che ammettono la sola separazione per cause determinate: Spagna, Portogallo, America Latina. — 538. Italia; separazione per cause determinate e per mutuo consenso; giudizii su quest'ultima. — 539. Stati che ammettono il solo divorzio; Svizzera: legge uniforme; Germania: principio determinato dal diritto imperiale e determinazione delle cause lasciata a quelli particolari. — 540. Rumania; Danimarca; Norvegia; Svezia. — 541. Diritti particolari degli Stati Uniti: divorzio di fatto. — 542. Stati che ammettono alternativamente la separazione ed il divorzio a scelta delle parti: Francia. — 543. Codice Napoleone e legge del 1884. — 544. Altre figliazioni del Codice Napoleone: Belgio, Olanda, Maurizio. — 545. Stati che ammettono in alcuni casi divorzio e separazione, in altri sola separazione: Inghilterra. Diritto Scozzese e Irlandese. — 546. Stati che determinano il modo di scioglimento del matrimonio secondo la religione dei coniugi: divorzio secondo la Chiesa d'Oriente; Stati balcanici senza diritto civile codificato. — 547. Serbia: cause determinate dal Codice e competenza dei Tribunali ecclesiastici; cause determinate dalle leggi religiose e competenza dei Tribunali civili; Russia: cause determinate dalla legge religiosa e competenza de' tribunali ecclesiastici. — 548. Austria: separazione per tutti e divorzio per gli accattolici; diversità dall'Ungheria; cause determinate dal Codice e competenza dei tribunali ordinarii per tutti. — 549. Progetto italiano: elementi perturbatori del criterio nel discutere il divorzio nel diritto interno. — 550. Elementi perturbatori nel discuterne dal punto di vista del diritto internazionale; conflitti che ne derivano; concetto necessario per render possibile di evitarli. — 551. Coniugi di Stati che vietano il divorzio in Stati che lo permettono; territorialità limitata inglese. — 552. Territorialità prevalente negli Stati Uniti. — 553. Diritto germanico e belga. — 554. Rispetto alla legge nazionale nel diritto svizzero. — 555. Effetti del contrasto fra la territorialità della capacità a divorziare riconosciuta in uno Stato agli stranieri, e la personalità della loro incapacità secondo il diritto dello Stato cui appartengono. — 556. Condizione di coniugi appartenenti a Stati che ammettono il divorzio in Stati che lo vietano. — 557. Esempio italiano d'applicazione della legge nazionale dei divorziabili. — 558. Suo valore come applicazione della legge italiana e come criterio di futuri accordi internazionali. — 559. Transazione necessaria per giungere a tali accordi; equipollenza giuridica riconosciuta alle leggi relative allo scioglimento del matrimonio. — 560. Esecutorietà di sentenze di divorzio pronunciate all'estero, richiesta dove il matrimonio é indissolubile. — 561. Esempi nella giurisprudenza italiana; loro valore dal punto di vista dell'applicazione del nostro diritto. — 562. Riconoscimento del

531. — I conflitti che riguardano il giudizio e la dichiarazione di nullità dei matrimoni sono una necessaria conseguenza della diversità dei criterii di diritto internazionale privato adottati dalle varie legislazioni circa gli elementi necessarii alla loro validità intrinseca e formale. Deriva da ciò che un matrimonio validamente contratto secondo le leggi di un paese sia dichiarato nullo in un altro o vi sia considerato come disciolto mentre nell'altro continua a sussistere. Parrebbe anzi a primo aspetto che tale argomento dei conflitti relativi alla nullità dei matrimoni, potesse dirsi interamente esaurito in quelle parti in cui si trattò della capacità a contrarre matrimonio e delle forme della celebrazione, e che non restasse se non a fare il voto che alle invalidazioni appoggiate su deficienza di capacità si applichi dovunque la legge personale dei singoli coniugi ed a quelle riguardanti le forme la legge del luogo dove il matrimonio fu contratto salvo quei temperamenti (1) che derivano dal carattere facoltativo dello statuto delle forme. A queste un'altra regola potrebbe aggiungersi senza offesa anzi con vantaggio dell'armonia internazionale: rispetto cioè a quei difetti inerenti alla prestazione libera del consenso che viziano secondo tutte le leggi il matrimonio, potrebbe applicarsi senza pericolo la *lex fori*, come quella del paese dove il matrimonio fu contratto. Sotto quest'ultimo punto di vista giudicò la questione la Corte di Cassazione di Torino il 21 Luglio 1883. (2) Un suddito ottomano originario di Tripoli di religione israelita e di nome Arbib, aveva contratto matrimonio con una italiana qualificandosi per francese. Avendo egli successivamente presentato

(1) Vedi pag. 115 e segg. — (2) *Fóro Italiano*, Anno VIII, pag. 938.

in Italia una domanda di separazione, la moglie domandò l'annullamento del matrimonio per errore nella persona, dimostrando di aver creduto di sposare un francese monogamo e non già un israelita ottomano cui non è vietata dalla sua legge personale la poligamia per quanto limitata al numero di quattro mogli legittime e di una quantità indeterminata di concubine. Tale domanda fu respinta dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Milano perchè l'errore non riguardava la persona, ma le qualità della persona stessa. (1) Ma la Corte di Cassazione annullò la sentenza della Corte d'Appello, decidendo: « che le parole *errore nella persona* non significano soltanto errore nella persona fisica, ma anche errore sulle qualità che costituiscono la persona civile; e che deve essere considerato come nullo per difetto di consenso derivante da errore nella persona, il matrimonio contratto da una donna appartenente ad una nazione le cui leggi proibiscono la poligamia, con un individuo che facendosi credere appartenente ad un paese che ammette gli identici principii, era invece cittadino di uno Stato che autorizza la poligamia ». In tal caso la legge italiana veniva applicata non già come diritto personale della moglie della cui capacità non si trattava, bensì come diritto vigente nel paese dove il matrimonio era stato contratto; ma parmi che tale motivo di nullità avrebbe potuto invocarsi anche da coniugi maritati all'estero ed appartenenti entrambi ad altra nazionalità. Non trattavasi infatti di difetto di capacità rispetto alla quale è indicata come regolatrice la legge personale; non trattavasi nemmeno di difetto di forma rispetto alla quale prevale la legge del luogo di celebrazione nel modo e coi temperamenti suesposti; trattavasi di apprezzare,salvi gli elementi personali e formali del matrimonio, la manifestazione esterna del consenso che vi diede origine, e di tutelarne la libertà. Ora questa tutela deve ascriversi al numero dei diritti civili cui possono pretendere anche gli stranieri, e la disciplina delle famiglie e la stabilità loro con cui quella trovasi connessa, fanno sì che non si possa accordare se non nella misura consentita dalla legge del paese cui il giudice appartiene. (2)

(1) Codice Civile It., art. 105, 2° al: Quando vi fu errore nella persona, l'azione di nullità può essere promossa da quello degli sposi che fu indotto in errore.

(2) Codice Civile It., art. 106. « Non è più ammissibile la domanda di nullità per le cause espresse nell'articolo precedente se vi fu coabitazione

532. — Ma rispetto alla nullità possono sorgere numerosi conflitti, oltre a quelli derivanti dalla diversità di criterii internazionali circa la capacità e le forme adottati nel paese cui appartengono i coniugi ed in quello dove è contratto il matrimonio; anche dalla diversa dottrina prevalente nei varii territorî circa la competenza a giudicare di questioni di stato fra stranieri e circa il diritto che deve applicarsi anche in un territorio dove il matrimonio non sia stato celebrato, e cui non appartenga, per nazionalità o per domicilio preesistente al matrimonio, veruno dei coniugi. Sotto questo punto di vista possono trovarsi in conflitto due dottrine le cui estremità sono rappresentate dal diritto francese e dal diritto americano. In Francia si ritiene non solo che a decidere della nullità di un matrimonio si deva applicare la legge nazionale delle parti, ma che sia esclusivamente competente a deciderne la magistratura del loro paese; e si proclama così un completo impero della personalità che si riduce indirettamente ad una sanzione della territorialità, poichè negando la competenza dei tribunali della nazione cui non appartengono i coniugi, si ammette implicitamente che, quando essi giudicassero, dovrebbero applicare, anzichè la legge dei coniugi o del matrimonio, la legge propria. Ciò risulta dalle sentenze francesi che dichiarano l'incompetenza a giudicare di nullità di matrimonio fra coniugi stranieri, ed in modo chiaro fra le altre da quella della Corte d'Algeri del 2 Febbraio 1882, (1) dove dopo aver constatato che trattavasi del matrimonio contratto in Spagna da due sudditi italiani, si aggiunse: « qu'il est régi par la loi italienne et que par suite les tribunaux français sont incompétents; qu'en appliquant à cette union les dispositions de la loi française et en se déclarant compétent pour statuer sur la demande, le Tribunal (d'Oran) a méconnu les régles de sa compétence et que sa décision doit être infirmée .... ». E come ritiensi in generale l'assoluta incompetenza dei giudici francesi quando trattasi di stranieri, così si ritiene la loro assoluta ed esclusiva competenza quando trattasi di francesi; sicchè il Tribunale della Senna (2) giudicò che i tribunali d'un paese straniero « sono assolutamente incompetenti a pronunciare la nullità di un matrimonio contratto da francesi in

continuata per un mese dopo che lo sposo ha riacquistato la sua piena libertà o conosciuto l'errore ».

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 54-5, Gaillard c. Vedova Parodi.

(2) *Droit*, 28 Ottobre 1876; Stremels c. Mairesse.

quel paese secondo le forme della legge straniera ». Se quel signor Arbib il cui matrimonio fu annullato in Italia, fosse stato dunque veramente francese e fosse sussistito un errore nella persona diverso da quello constatato nel caso concreto, ma egualmente essenziale, la sentenza italiana non sarebbe stata riconosciuta in Francia, non già per causa d'applicazione di una legge diversa dalla francese, ma per assoluta incompetenza ritenuta nel magistrato giudicante dal diritto francese, mentre il fatto della celebrazione del matrimonio nel territorio bastava a rendere competente il magistrato italiano secondo il diritto nostro. (1)

Basta la nazionalità francese di uno solo dei coniugi per stabilire la competenza dei tribunali francesi; il Clunet (2) cita una sentenza del Tribunale della Senna del 2 Luglio 1872 colla quale quel magistrato si dichiarò competente a conoscere di una domanda di nullità intentata da una francese contro uno straniero. Quando invece i coniugi sono stranieri, non influisce punto sulla competenza il fatto che il matrimonio sia stato contratto in Francia. Il caso Serrano-Martinez de Campos (3) è a tale riguardo doppiamente importante; trattavasi infatti non solo di un matrimonio che era stato celebrato l' 11 Ottobre 1880 fra spagnuoli (Maria de las Mercedes Martinez de Campos y Mendoza e Francisco Serrano y Dominguez) davanti l'ufficiale di stato civile dell'ottavo circondario di Parigi, ma le due parti appartenevano alla Spagna che ha concluso colla Francia una convenzione consolare (4) stipulando all'articolo 2 che i francesi in Ispagna e gli spagnuoli in Francia avranno « libre et facile accès auprés des Tribunaux de justice tant pour réclamer que pour défendre leurs droits à tous les degrés de juridiction établis par les lois .... et jouiront enfin sous ce rapport des mêmes droits ou avantages dejà accordés ou qui seraient accordés aux nationaux ». Ora avendo la moglie

(1) V. per l'ammissibilità di un' eccezione in questo caso alla condizione derivante dal 2° alinea dell'articolo 91 del Cod. di Proc. Civ., Corte di Lucca 21 Gennaio 1887. Pulieso c. Pensa. Annali di Giurisprudenza italiana 1887, III, pag 29.

(2) Clunet, *Bulletin de Jurisprudence Int: France* 1872. *Revue d. Dr. Int.*, vol. V, pag. 247 e segg.

(3) Trib. Civ. di Senna, I, Cam. 27 dicem. 1881, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 308-11.

(4) Amiaud. Aperçu de l'état actuel des législations civiles, pag. 184.

presentata contro il marito domanda di nullità fondata sull'impotenza di lui e l'assenza di sesso e richiedendo la nomina di una commissione medica incaricata di visitarlo, il Tribunale dichiarò che nè la residenza in Francia, nè il matrimonio celebratovi, nè la convenzione consolare lo autorizzavano a derogare alla regola normale della sua incompetenza; (1) e fu riconosciuta invece la competenza dei tribunali ecclesiatici (2) indicati dal diritto spagnuolo.

In Inghilterra invece nè la competenza è esclusivamente collegata colla nazionalità delle parti, nè è sceverata del tutto, come dovrebbe essere, la questione della competenza da quella della legge che deve applicarsi. La « Divorce Court » è competente in materia di nullità di matrimonio, qualunque sia stato il luogo della celebrazione, se si tratta di sudditi inglesi; se trattasi di sudditi stranieri è certa la sua competenza quando il matrimonio fu celebrato in Inghilterra (nel qual caso i Tribunali francesi mantengono la propria incompetenza); ma è ammessa altresì quando trattasi di un matrimonio celebrato all'estero se il domicilio delle parti è inglese. Rispetto alla legge da applicarsi, le questioni di forma sono regolate dalla *lex loci contractus*, e le condizioni essenziali sono rette dalla *lex domicilii* delle parti al momento del matrimonio, e dalla legge del paese dove intenderanno vivere assieme dopo averlo celebrato; sicchè se hanno poi acquistato un domicilio inglese, si ritengono essenziali anche le condizioni necessarie in Inghilterra per un valido matrimonio. (3) Da ciò risulta evidente come una questione di nullità decisa dai tribunali inglesi possa generare col diritto francese conflitti relativi alla competenza ed all'applicazione della legge, e relativi a quest'ultima anche coi diritti di molti altri Stati. (4)

E tale condizione di cose si riproduce negli Stati Uniti d'America in modo ancora più grave; colà infatti si manifesta accolta la dottrina diametralmente opposta a quella francese, non solo non

(1) Fiore, Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 154–7, ammette fuori di discussione nel caso di matrimonio celebrato in Italia fra stranieri la competenza dei tribunali italiani.

(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 502–3.

(3) Pavitt, *Compétence des Cours Anglaises*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 509. — (4) V. vol. II, parte I, pag. 221-224 e 240 e segg.

accogliendovisi il concetto francese della competenza connessa colla nazionalità delle parti, ma praticando anche circa la competenza l'altro concetto implicito in quello dell'applicazione della legge vigente nel paese cui appartiene il magistrato giudicante. L'azione per annullamento può essere introdotta da ciascuno dei coniugi e da qualunque terzo che vi abbia interesse davanti ai Tribunali dello Stato, i quali hanno in tali questioni quella competenza di cui furono investiti dalla legislatura dello Stato, cui originariamente apparteneva come in Inghilterra esclusivamente il potere di sciogliere i matrimonî. Tale investitura dei magistrati ebbe però luogo ormai nella maggior parte degli Stati sia in modo generico sia relativamente a casi speciali.

Davanti a queste giurisdizioni qual valore si concede al diritto straniero nel caso che si tratti di matrimonî contratti all'estero o comechessia di coniugi stranieri uno dei quali agisca per nullità di matrimonio? Il diritto americano non fa distinzioni fra il divorzio propriamente detto e l'annullamento del matrimonio, ed ogni scioglimento del vincolo coniugale, sia che si tratti di riconoscerlo rispetto ad un matrimonio invalido, sia che si tratti di pronunciarlo per cause sopravvenute rispetto ad un matrimonio valido, vien designato col nome di divorzio. La territorialità americana derivante dall'assumere il domicilio di fatto come indicazione della legge personale e dal prevalere della *lex fori*, è dunque tutt'altro che temperata da tale assimilazione della nullità del matrimonio al divorzio.

533. — Se si nota poi che il diritto americano ignora, come il diritto inglese, il matrimonio putativo, risulta chiaramente quanti conflitti, per effetto così dell'uno come dell'altro, possono sorgere coi diritti dei paesi che danno più largo riconoscimento alla personalità in quanto concerne gli effetti del matrimonio annullato rispetto al coniuge di buona fede ed ai figli. Il Codice francese (1) stabilisce che « il matrimonio che è stato dichiarato nullo produce ciononostante gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi quanto riguardo ai figli, quando sia stato contratto in buona fede »; e che « se non vi è buona fede che per parte di uno dei coniugi, il matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore del medesimo coniuge e dei figli nati dal matrimonio ». Il Codice Italiano

(1) Art. 201, 202.

ancora più equamente determina (1) che « il matrimonio dichiarato nullo produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi quanto riguardo ai figli anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso; se uno solo dei coniugi sia in buona fede il matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore di lui e dei figli ». In Spagna (2) vigono disposizioni analoghe: il matrimonio che abbia un vizio assoluto non produce gli effetti di una unione valida se non in quanto sussista la buona fede ed il vizio non ne sia stato riconosciuto od almeno giudiziariamente constatato, ma la buona fede si presume sempre fino a prova contraria. I figli concepiti durante il periodo di buona fede sono legittimi e godono di tutti i diritti connessi colla legittimità, ma i figli concepiti posteriormente alla conoscenza che abbiano avuta i coniugi della causa di nullità ond'è viziata la loro unione, sono illegittimi. Secondo le *Partidas* invece se l'impedimento ignorato da uno dei coniugi o da entrambi, è denunciato al tribunale ecclesiastico, sono reputati legittimi i figli concepiti mentre essi potevano essere ancora in dubbio, cioè fino al momento in cui il motivo di nullità fu provato e venne pronunciata la sentenza.

Il § 36 della legge tedesca del 6 Febbraio 1875 si riferisce per le conseguenze giuridiche di tali matrimoni ai diritti particolari; (3) e fra questi nelle provincie renane e nell'Alsazia Lorena vige il diritto francese; il Codice Sassone (4) ammette gli effetti del matrimonio nei riguardi del coniuge di buona fede; il Codice Prussiano (5) accorda ai figli tutti i diritti dei legittimi rispetto ai loro genitori; la legge bavarese del 23 Febbraio 1872 (6) ammette per il coniuge di buona fede gli effetti del matrimonio sulla nazionalità, e pareggia i figli del matrimonio putativo ai figli legittimi. Il Codice Olandese (7) ed il Portoghese (8) e la legge polacca del 23 Giugno 1825 (9) riproducono le disposizioni del Codice Napoleone. Il Codice Austriaco lascia libera alla parte che non abbia colpa (10) la domanda di un risarcimento; e rispetto

(1) Art. 116.
(2) Legge del 18 Giugno 1870, art. 94-96; Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 78, 9.
(3) Garnier, pag. 5, I e 92.
(4) § 1628. — (5) Parte II, Tit. II, § 50 e 57.
(6) Art. 1, III e 4, III.
(7) § 150, 1. — (8) Art. 1091, 2.
(9) Art. 260, 1. — (10) § 102.

ai figli ne ammette il pareggiamento ai legittimi quando per uno almeno dei coniugi (1) militasse una ignoranza scusabile del motivo di nullità, ad esclusione però dei figli di chi avesse già contratto un altro matrimonio, (2) dei figli dei chierici che abbiano ricevuti gli ordini maggiori, e dei figli di cristiani e non cristiani. (3) La legge svizzera del 1874 (4) dispone che « se il matrimonio annullato fu contratto da entrambi i coniugi in buona fede esso produce gli effetti civili sia nei riguardi dei coniugi che in quelli dei figli nati dopo o legittimati con quell'unione; se uno solo dei coniugi fu in buona fede gli effetti si limitano ad esso ed ai figli, e se entrambi furono in mala fede, i figli possono tuttavia invocarne a proprio vantaggio gli effetti civili ». Fra le legislazioni del continente europeo la più rigorosa è quella russa che, anche quando uno dei coniugi fu in buona fede, si limita ad autorizzare soltanto il tribunale a sottomettere, dopo aver esaminate tutte le circostanze del matrimonio annullato, all'attenzione particolare dell'imperatore, la sorte dei figli che ne sono nati, restando in arbitrio del principe di accordare loro alcune delle prerogative dei figli legittimi, specialmente riguardo alle successioni, senza però che ne risulti per loro verun vincolo coi parenti dei genitori. (5)

Di fronte a tante legislazioni che ammettono in diverso grado il matrimonio putativo, sta il diritto inglese che lo ignora del tutto. Negli Stati Uniti lo ammetteva, anche prima dello sviluppo dei diritti particolari degli Stati, la giurisprudenza della Luisiana, applicando la massima del diritto canonico derivatale dalla Spagna. Poi lo stesso istituto fu accolto anche nei diritti particolari di varii altri Stati. Così il Massachussetts e Nuova York promulgarono uno statuto secondo il quale i figli di un matrimonio disciolto per bigamia, se almeno uno dei coniugi fu in buona fede, sono pareggiati ai figli legittimi; ed in alcuni Stati come la California, il Maryland, il Massachussetts ed il Texas vigono disposizioni simili rispetto ai figli nati da matrimonî annullati per pazzia, imbecillità, o deficienza di età, non però da quelli annullati per

(1) § 160.
(2) Fra questi gli austriaci divorziati all'estero.
(3) § 62, 63, 64.
(4) Art. 55, Garnier, pag. VIII.
(5) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 76.

parentela od affinità in grado proibito. (1) In altri Stati qualunque sia la causa per la quale un matrimonio venga disciolto, senza distinguere fra lo scioglimento e l'annullamento, la prole nata durante l'unione è considerata legittima. (2)

Considerando ora da una parte la competenza collegata colla nazionalità secondo il diritto francese, dall'altra la competenza collegata colla residenza secondo il diritto americano e quello di ogni paese che pareggia del tutto nell'esercizio dei diritti civili gli stranieri ai cittadini; da una parte le cause della nullità collegate colla legge nazionale se riguardano le qualità della persona e da quella della celebrazione se riguardano un vizio di forma, dall'altra le une e le altre cause fatte dipendere dalla legge del domicilio o della residenza e perfino dalla *lex fori*, si vede quanti conflitti di competenza e, anche prescindendo da questi, quante occasioni di nullità pronunciate in un paese per cause non riconosciute in un altro, sussistano tuttora nel diritto internazionale. Una sentenza di nullità di matrimonio pronunciata in Italia fra due francesi che vi si maritarono, o fra un francese ed un'italiana o fra un francese ed una straniera non appartenente ad alcuna delle due nazionalità, non sarebbe riconosciuta in Francia per incompetenza del magistrato italiano; fra due italiani maritati in Inghilterra od altrove, ma domiciliati in Inghilterra, potrebbe pronunciarsi la nullità dalle Corti inglesi anche per violazione di condizioni essenziali secondo la legge inglese e diverse da quelle contemplate dalla legge italiana; finalmente due francesi o due italiani anche non maritati negli Stati Uniti, anche non domiciliati nel loro territorio potrebbero per il solo fatto che uno di loro vi risiede o vi agisce con tale scopo, udir pronunciare la nullità del loro matrimonio dai magistrati americani per motivi contemplati unicamente dalla legge americana e nei termini di tempo consentiti da questa. (3)

(1) Garnier, pag. 132, 3, 4. 5.

(2) Maine, Ohio, Virginia, West Virginia, Carolina del Nord, Tennessee, Missurì, Arkansas, Texas, California, Nevada, Dakota, Idaho, Montana, Wyoming, Florida, Luisiana. Stimson, l. c., pag. 697.

(3) Il diritto degli Stati Uniti non è molto largo nel concedere l'annullamento per infermità di mente di uno dei coniugi. V. Insanity as a plea for divorce or nullity » nel Medico-Legal Journal, Sett. 1885 e Bulletin de la Soc. de Lég. Comp., 1886, p. 366, 7. Dalla memoria presentata dal Dr.

Supponiamo ora che le parti contraenti straniere di un matrimonio annullato agli Stati Uniti in un territorio che non conosce il matrimonio putativo abbiano figli e beni tanto nel loro paese quanto in America; qui non potrà essere riconosciuto alla sentenza d'annullamento un effetto ignoto al diritto territoriale, e quei figli saranno legittimi o pareggiati ai legittimi nel loro paese

Savage alla Medico-Legel Society, su quell'argomento e dalla discussione che se ne fece dal Roger Foster, si rileva che quando uno dei coniugi diede prima del matrimonio segni di alienazione mentale senza che questa malattia sia stata conosciuta dall'altro coniuge, ma questi abbia creduto anzi di contrarre matrimonio con una persona sana di mente, molti giuristi ed alienisti ritengono il matrimonio annullabile per vizio di frode, ma i giudici convalidano in generale tali matrimonî quando furono contratti in un lucido intervallo. Il Foster cita a tale proposito tre sentenze: 1. Un tale aveva sposato una donna che era stata alienata prima del matrimonio, e che aveva il fratello e la sorella pure alienati. La madre della sposa aveva dissimulati tutti questi fatti al marito. Poco dopo il matrimonio, la sposa impazzì, cercò di uccidere il proprio figlio e finalmente cadde in uno stato di demenza assoluta. Il marito domandò l'annullamento, ma il tribunale (Smith c. Smith. Giurispr. del Mississipi) dichiarò il matrimonio valido perchè contratto durante un lucido intervallo. 2. Nel 1856 un caso simile si era presentato nell'Illinois; una donna aveva dato segni d'alienazione mentale prima del matrimonio; più tardi cercò di uccidere il marito ed altri membri della famiglia; fu collocata allora in uno stabilimento di alienati dove finì i suoi giorni. Venuta in discussione la validità del matrimonio questa fu riconosciuta (Hamaker c. Hamaker Giurispr. dell'Illinois) quantunque il marito non avesse avuto alcuna conoscenza dei fatti anteriori all'unione. 3. Un uomo non era giunto nell'infanzia che ad imparare l'alfabeto, ed appena all'età di 32 anni era stato capace di leggere con intelligenza; aveva appreso a lavorare ma non era mai riuscito a seminare il grano; ed un giorno aveva offerto di scambiare un negro del valore di 700 dollari per un cavallo che ne valeva 60. Quantunque avesse condotto a termine alcuni affari con una certa intelligenza, i testimonii accordavansi a riconoscere ch'egli era incapace di farsi un'idea esatta del valore di un cavallo e di un negro. Aveva però qualche lampo di ragione: quando la moglie lo abbandonò se ne mostrò molto addolorato; ma si consolò presto dichiarando che se avesse conosciuto le noie del matrimonio si sarebbe ben guardato dal prender moglie. Il Tribunale annullò tale matrimonio,perchè era impossibile che quest'uomo avesse avuto un giusto concetto dei doveri giuridici e morali risultanti dal matrimonio (Fostner, Means, Speery, Giurisprud. dalla Carolina del Sud). Anche da queste sentenze e specialmente dall'ultima apparisce come pur in un argomento rispetto al quale il diritto vigente e sopratutto, secondo attesta il Miller, quello di Nuova York, è molto esplicito, i magistrati conservino una latitudine di giudizio ignota nel nostro sistema.

ed illegittimi in America senza poter esercitare sui beni situati in questo paese veruno di quei diritti che continuerebbero ad esercitare nel proprio; che se invece il loro matrimonio fosse stato annullato tanto negli Stati della Federazione che ammettono il matrimonio putativo quanto nel loro paese, essi potrebbero invocare nel primo territorio i beneficî di figli legittimi anche quando all'unione dei loro genitori la legge patria non riconoscesse il carattere di matrimonio putativo; ed i figli del chierico austriaco o spagnuolo il cui matrimonio fosse avvenuto in frode alla legge patria e fosse stato dichiarato nullo per qualsiasi altro motivo da quello del carattere sacerdotale anche agli Stati Uniti, potrebbero in alcuni di questi Stati invocarvi quei diritti, di cui non saprebbero fruire nel loro paese. Inoltre rispetto al matrimonio putativo può sorgere divergenza pur fra Stati che facciano prevalere la legge personale nel regolamento dello stato della persona, a seconda che in uno di quelli si ravvisi e nell'altro non si ravvisi nella disposizione che ammette od esclude il matrimonio putativo, una norma interessante l'ordine pubblico. (1) Nel campo della nullità matrimoniale dunque a tutti quei conflitti che derivano necessariamente dalla diversità delle leggi e dei criterî di diritto internazionale privato adottati nel paese a cui appartengono i coniugi ed in quello dove si sono sposati, rispetto allo stato ed alla capacità della persona, se ne aggiungono altri derivanti dai diversi criterî adottati nella loro patria e nei terzi paesi circa la competenza a decidere di questioni di Stato fra stranieri, rispetto alla quale la diversità della scelta complica le difficoltà derivanti dalla diversa scelta della legge che deve applicarsi alla loro risoluzione.

534. — Intorno a queste medesime diversità di concetti si aggirano quei conflitti che fanno irta di difficoltà la materia dello scioglimento del matrimonio, intimamente diversa dalla precedente in ciò che non si tratta di giudicare se un matrimonio esista del tutto, od esista con qualche vizio, ma di disporre delle sorti di un matrimonio sulla cui valida esistenza non venga sollevato alcun dubbio, non apprezzando già il valore e l'esistenza di un fatto giuridico, ma modificando bensì radicalmente lo stato stesso della persona. Non

(1) Tale è l'indole attribuita dal Fiore. — L. c., pag. 160, 1 — alla disposizione dell'articolo 116 del Codice Italiano

sorgerebbero rispetto al divorzio tanti conflitti se esso fosse così uniformemente corrispondente alla natura umana da esistere sia pure con qualche diversità nelle leggi della maggior parte degli Stati. Voltaire mostrava di accogliere tale opinione del divorzio quando diceva: « Le divorce est probablement de la même date à peu près que le mariage. Je crois cependant que le mariage est de quelques semaines plus vieux ». Non solo lo scioglimento del matrimonio indipendente dalla morte di uno dei coniugi, non apparisce come intimamente connesso col fatto del matrimonio stesso, dall'avere avuto nelle abitudini umane origine quasi contemporanea al matrimonio, ma, anche in quanto si verifica, esso apparisce considerato in modo essenzialmente diverso presso varii popoli e nei varii stadî della civiltà.

L'esistenza e il modo dello scioglimento del matrimonio presso i popoli civili del nostro tempo è il prodotto di due fattori: il diritto romano e la religione cristiana: il primo fino a Giustiniano ammise il divorzio anche per mutuo consenso; dopo di quell'imperatore soltanto per adulterio, per impotenza, per voto monastico e per lunga prigionia; la seconda lo consentì per causa d'adulterio fino al termine dell'11° secolo, quando, continuando ad ammetterlo la chiesa greca, cominciò ad essere condannata da quella cattolica, che ribadì il divieto nel canone 7° del Concilio di Trento (1) senza potervi però dare verun effetto nei paesi diventati protestanti, dove anzi all'adulterio si andarono aggiungendo altri motivi di divorzio.

535. — Ma ciò per cui tanto gli Stati civili che non ammettono come quelli che accolgono il divorzio si distinguono dai popoli di civiltà inferiore dei tempi antichi e dei nostri ben più di quello che la frase scherzosa di Voltaire non lascierebbe supporre, è l'intima diversità fra il divorzio riconosciuto dalle leggi dei primi

(1) « Se qualcuno dice che la Chiesa è nell'errore quando insegna, come ha sempre insegnato secondo la dottrina del Vangelo e degli Apostoli, che il vincolo del matrimonio non può essere sciolto per il peccato di adulterio di una delle parti; e che nè l'una nè l'altra, nemmeno la parte innocente che non ha dato motivo all'adulterio, non può contrarre un altro matrimonio, mentre che l'altra parte è viva; ma che il marito che, avendo abbandonato la propria moglie adultera ne sposa un'altra commette egli stesso un adulterio, come la moglie che avendo abbandonato il marito adultero ne sposasse un altro; che sia anatema ».

e l'istituto apparentemente analogo dei popoli di civiltà diversa dall'Europea. Il concetto del divorzio come noi lo comprendiamo implica o la mutua disposizione dei coniugi a separarsi, o la separazione concessa dalla pubblica autorità cui uno di loro si rivolga invocando riparazione e protezione contro l'altro. Da questo è sostanzialmente diverso il concetto del ripudio usato dai popoli antichi e da molti popoli moderni di civiltà diversa dalla nostra: in esso nessuna eguaglianza e nemmeno nessuna analogia di diritti fra i due coniugi: il marito capo della famiglia ne è anche il signore ed è l'arbitro delle sorti della moglie e dei figli; a lui tutti i diritti, alla moglie tutti i doveri; dalla condanna della poliandria scaturisce l'idea dell'adulterio della moglie e la possibilità di punirlo, ma l'esistenza della poligamia rende impossibile, l'adulterio del marito sia considerato come azione imputabile e conferente diritti di separazione all'altro coniuge; contro i soprusi dell'uomo la donna non ha altra arma se non che le preghiere e la rassegnazione, ma se essa pecca, il suo compagno può scacciarla dalla casa che ha contaminata.

Tale è ancora la condizione dei popoli dell'estremo oriente, fra i quali i buddisti della Cocincina conoscono il ripudio delle mogli secondarie e delle concubine secondo l'arbitrio del marito e quello della prima moglie per sette cause determinate, mentre questa, se il marito non acconsente al divorzio, non ha veruna facoltà di domandarlo e verun mezzo di ottenerlo. (1) Anche nei paesi mussulmani al marito compete il medesimo diritto, e negli stessi territorii maomettani soggetti a qualche potenza europea il diritto di domandare il divorzio accordato alla moglie non la compensa che in parte del diritto di ripudio riconosciuto al marito, (2) che può esercitarlo da sè, purchè osservi certe forme. (3) Chafii insegna che in caso d'infedeltà il marito può ricorrere all'*anatema* importante l'allontanamento della moglie ed il diniego di paternità del figlio che ne è generato, e consistente in una forma solenne e religiosa di ripudio accompagnata da maledizione. Nel luogo

(1) Comunicazione del Pinchon sul divorzio nella Cocincina, *Bulletin de la Soc. de Lég. Comp.*, Marzo 1882, pag. 168-170.

(2) L. c., pag. 166-8.

(3) Minhadj at-Talibin o Guida dei credenti zelanti, pubblicata a Batavia per cura del governo olandese; vol. III, ap. Vial, *Bulletin de Soc. de Lég. Comp.*, 1885, pag. 182-3.

pubblico più notevole della città, alla presenza di quattro persone almeno, il marito ripete quattro volte le seguenti parole: « Attesto davanti a Dio che sono sincero accusando questa donna che mi appartiene di fornicazione » ed invoca nello stesso tempo la maledizione di Dio sul proprio capo se l'accusa fosse fatta in mala fede.

Non è soltanto a titolo di curiosità che importava accennare a queste forme di ripudio tuttora sussistenti nel diritto di popoli mussulmani e buddisti, ma sopratutto a far rilevare come il concetto di ripudio e quello di divorzio siano fra loro essenzialmente distinti, come appartengano a forme diverse di famiglia e dà a diverso modo di concepirne il governo ed i diritti delle persone che la compongono. Sicchè coloro che dicono essere nato il divorzio col primo sorgere del matrimonio, e coloro che dicono essere il divorzio un sintomo della decadenza sociale delle società moderne che abbandonano i freni al capriccio ed alla sete di voluttà del marito, errano egualmente nelle proprie affermazioni per l'inesattezza dei dati su cui si fondano. I primi, per propugnare nel diritto interno del proprio paese l'istituto del divorzio, vogliono mostrarne l'antichità e la quasi contemporaneità col matrimonio per dedurne la necessità di ammetterlo come presidio di questo, ed a tale intento cercano confondere col divorzio il ripudio che ne è tanto diverso, e dimenticano che il primo come noi lo comprendiamo non potè sorgere se non dal concetto del matrimonio moderno, e che appunto quando tale concetto cominciò ad apparire nel mondo romano ed in quello cristiano, il ripudio si andò estinguendo e non perdurò se non fra le società che quel concetto non seppero assimilarsi. Gli altri nel combattere l'istituzione del divorzio nel proprio paese lo assimilano al ripudio per invocare quali argomenti contro di esso il capriccio del marito, la donna ridotta uno strumento di piacere, la tirannia di un sesso sull'altro e l'anarchia sostituita alla disciplina famigliare, tutti difetti che sono connaturali in parte col ripudio, ma che nulla hanno a che fare nè col divorzio domandato dall'uno o dall'altro coniuge alla pubblica autorità per cause determinate dalla legge, nè collo stesso divorzio per mutuo consenso nel quale le singole volontà d'entrambi i coniugi hanno l'identico valore sia per produrlo col consenso, sia per impedirlo col dissenso.

536. — Ma noi fortunatamente non dobbiamo entrare nel campo di tali discussioni dove è singolarmente difficile la tranquilla se-

renità dell'esame e la imparziale sicurezza delle conclusioni, dove lo spirito religioso, le tendenze politiche, gli interessi individuali talvolta contribuiscono a falsare il giudizio, senza che neppur se ne accorga o ne venga in sospetto chi ne è tratto in errore. Il campo serbato in tale materia al diritto internazionale non è certo scevro di difficoltà, anzi ne è ingombro da ogni lato, ma sono difficoltà d'altra specie che nulla hanno a fare con quegli elementi perturbatori del retto giudizio e che lasciano l'animo perfettamente sgombro da avversioni preconcette, come da preconcette simpatie. Al nostro compito sfugge l'indagine se il divorzio sia desiderabile o condannabile in via assoluta; se esso sia consigliabile o riprovevole in relazione ad una determinata società civile; noi non dobbiamo ricercare le ragioni ed il merito intrinseco delle varie leggi particolari esistenti, nè entrare in quelle polemiche che preparano nei singoli Stati gli elementi di leggi destinate a sostituirle. A noi basta constatare che anche in quest'ordine di rapporti, come in tanti altri, i diritti dei varii paesi formano non già una uniformità, ma una serie di diversità; che varia è la dottrina in essi prevalente circa lo scioglimento del matrimonio; che questo è ignorato in alcuni per ogni causa diversa della morte; ammesso in altri in diversi modi e gradi; e dopo aver constatato tutto ciò dobbiamo riconoscere che queste leggi così diverse e variamente giudicabili da chiunque voglia esaminarle secondo certi principii assoluti di giustizia, ci si presentano nel campo dal diritto internazionale con autorità perfettamente eguale l'una all'altra dal punto di vista giuridico, come emananti da sovranità del pari indipendenti, e ricercare soltanto secondo questo criterio della indipendenza delle loro fonti e della eguaglianza che da tale indipendenza risulta se e come siano limitate e come dovrebbero essere delimitate, nel terreno dei rapporti internazionali, le sfere rispettive della loro competenza.

537. — La dottrina accolta solennemente dalla Chiesa nel Concilio di Trento secondo la quale era ammesso che potessero sussistere soltanto vizii iniziali per riconoscere nullo un matrimonio, ma non già elementi successivi per disciogliarlo, quando sia stato validamente conchiuso, e nel caso di unioni infelici non era ammesso altro provvedimento all'infuori della separazione, sussiste ancora di necessità in quegli Stati che riconoscono come religione di Stato la cattolica e che non hanno sostituito il matrimonio civile

a quello religioso. Così è della Spagna dove il decreto del 1875 rimettendo in vigore il diritto anteriore al 1870 restituì con esso la forza obbligatoria alle precedenti regole canoniche relative al matrimonio. Il divorcio *en cuanto al vinculo* può verificarsi, quando si tratti di un matrimonio non ancora consumato, nel caso di professione religiosa in uno degli ordini regolari approvati dalla Santa Sede, ed in quello di una dispensa accordata dal Papa; e quando si tratti di un matrimonio consumato nel caso di due eretici o pagani maritati secondo la propria religione ed uno dei quali rifiuti di continuare la vita comune o molesti l'altro che si sia convertito, sforzandosi a fargli abiurare la nuova fede. Anche in questo caso però, se il coniuge non convertito si decide ad abbracciare il cattolicismo prima che l'altro sia passato a seconde nozze, il primo matrimonio è *ipso facto* ristabilito. Quando invece i due coniugi erano cattolici ed uno di loro abbandona più tardi il cattolicismo, l'altro non può invocare per questo motivo la rottura del vincolo coniugale, ma soltanto la separazione se crede che la propria fede corra pericolo. Il provvedimento normale che può adottarsi in Ispagna nel caso di matrimonî infelici è il « *divorcio en cuanto a la coabitacion* » che è la separazione di casa, di letto e di mensa autorizzata dal Concilio di Trento purchè vi sia una giusta causa. Come tale si considera l'ingresso di comune accordo dei due coniugi in un ordine monastico, o l'ammissione di uno solo di loro col consenso dell'altro; l'eresia o l'apostasìa di uno dei coniugi; l'essere uno di loro per l'altro causa di peccato; l'adulterio, eccettochè se le circostanze non ne tolgano la colpabilità, o se non sia avvenuta la riconciliazione o se entrambi siansene resi colpevoli; i mali trattamenti usati dal marito alla moglie o l'avversione dimostratale con minaccie accompagnate da ingiurie o con insidie tramate alla sua esistenza; e le stesse colpe della moglie verso il marito. Più limitato in quanto ai suoi effetti è il « *divorcio en cuanto al talamo* » che non importa se non l'esenzione dall'obbligo degli uffici coniugali, lasciando sussistere tutti gli altri doveri del matrimonio non eccettuata la coabitazione, e che può risultare anche da un accordo fra le parti. Tolto questo caso, la separazione propriamente detta non può avvenire in Spagna per mutuo consenso, ma soltanto per cause determinate, ed il diritto di conoscerne è riservato esclusivamente ai Tribunali ecclesiastici, non spettando

a quelli civili se non la determinazione del luogo dove deve ritirarsi la moglie che intenta o contro la quale è intentata un'azione di tale specie e delle conseguenze civili della separazione nei riguardi dei coniugi e della prole.

La legge del 1870 non alterava sostanzialmente le disposizioni di diritto canonico, ed in quanto se ne allontanava, sanciva più rigorosamente il principio della indissolubilità (1) non ammettendo verun caso di *divorcio en cuanto al vinculo* ed abbandonando anche quello *en cuanto al talamo*. Ne risulta che secondo quella legge i coniugi non possano alterare in verun modo i loro rapporti coniugali per mutuo consenso, ma soltanto in seguito ad una sentenza giudiziaria. (2) Le cause per cui può essere domandata la separazione sono l'adulterio della moglie non perdonato dal marito espressamente o tacitamente, l'adulterio del marito con scandalo pubblico o con abbandono completo della moglie, o con mantenimento della concubina nella casa coniugale se la moglie non ha perdonato; maltrattamenti gravi inflitti con parole o con fatti dal marito alla moglie, violenza fisica o morale esercitata dal marito sulla moglie per obbligarla a mutare di religione, maltrattamenti inflitti ai figli ponendo in pericolo la loro vita, proposta o tentativo di prostituzione della moglie da parte del marito; tentativo o complicità nella corruzione o nella prostituzione dei figli da parte di uno dei genitori; condanna definitiva di uno dei coniugi ai lavori forzati od alla reclusione perpetua; in tutti questi casi il solo coniuge innocente è ammesso a domandare la separazione. (3)

Nemmeno in Portogallo esiste scioglimento del vincolo coniugale che autorizzi i singoli coniugi a rimaritarsi finchè uno di loro non sia morto; non vi è ammessa (4) se non la separazione personale per causa della condanna d'un coniuge alla prigionia perpetua, d'eccessi, sevizie ed ingiurie gravi, dell'adulterio della moglie e di quello del marito se è accompagnato da scandalo o abbandono completo della moglie o se la concubina fu introdotta sotto il tetto coniugale. (5)

(1) Art. 1. El matrimonio es por su naturaleza perpétuo e indissoluble.

(2) Legge del 1870, art. 84.

(3) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 84-9.

(4) C. C., art. 1204 e segg.

(5) Garnier, pag. 56.

In tutti i paesi dell'America latina vigono sostanzialmente gli stessi principî; anche il Chili che nel 1833 sancì una legge che istituiva il matrimonio civile, non ammette sotto il nome di *divorcio* che una specie di separazione temporanea o definitiva, che può essere pronunciata in tredici casi determinati dalla legge. (1)

538. — Lo stesso sistema, in quanto si riferisce alla indissolubilità del vincolo coniugale, fu accolto dal Codice Italiano disponendo (2) che il matrimonio non si scioglie se non colla morte di uno dei coniugi e che è ammessa però la loro separazione personale. Ma mentre il diritto spagnuolo e quello portoghese concordano nel non ammettere se non la separazione per cause determinate, il Codice Italiano stabilisce bensì (3) che il diritto di richiedere la separazione non spetta ai coniugi se non nei casi determinati dalla legge, ma ammette anche (4) la separazione per mutuo consenso purchè accompagnata dall'omologazione del Tribunale. In quanto alla separazione per cause determinate è conservata (5) la medesima diversità di trattamento fra il marito e la moglie nel caso dell'adulterio. Sono inoltre cause autorizzanti a domandare la separazione, il volontario abbandono, gli eccessi, le sevizie, minaccie e ingiurie gravi, (6) la condanna a pena criminale successiva al matrimonio o anche antecedente se l'altro coniuge non ne era consapevole, e, da parte della moglie, il fatto che il marito senza alcun giusto motivo non fissi una residenza od avendone i mezzi, ricusi di fissarla in modo conveniente alla propria condizione. (7)

Non pochi scrittori condannarono come insufficiente quest'ultima causa; il Bianchi la chiama debole; (8) la Cassazione napoletana invitata a presentare osservazioni sul progetto Miglietti che accoglieva quella causa all'articolo 182, la riprovò notando che « le cause della separazione come eccezione al principio della unione del matrimonio e della famiglia, devono essere circoscritte a quei casi in cui la presenza di gravi disordini la rendono indispensabile. I doveri della donna la legano alle risoluzioni del marito ed ella non potrebbe contravvenirvi e trovarvi inoltre un motivo legale di separazione quando quegli ne le imponga l'osservanza ».

(1) Amiaud, l. c., pag. 53; e Daireaux, l. c., pag. 294.
(2) Art. 148. — (3) Art. 149.
(4) Art. 158. — (5) Art. 150.
(6) Art. 150. — (7) Art. 151, 2.
(8) Corso Elementare di Diritto Civ., vol. II, n. 225.

Il Lomonaco nel riferire tale critica aggiunge ch'essa meritava l'attenzione del legislatore. (1) Il Laurent stesso, che è d'altronde favorevole al divorzio, disapprova l'articolo 152 del Codice Italiano chiamando futile addirittura la causa di separazione contemplatavi, e giudica « une tendence funeste dans les législations qui admettent soit le divorce, soit la séparation de corps, de favoriser la rupture du mariage ou du moins de la vie commune en admettant comme causes des motifs presque frivoles ». (2) L'apprezzamento del valore intrinseco di questa disposizione escirebbe del tutto dal nostro compito; pure dobbiamo tenerne conto per avere un concetto esatto del criterio prescelto dal legislatore circa l'indole dell'ordinamento e della disciplina da imporsi alla famiglia italiana.

Ogni legislatore nella sua libertà e nella sua sovranità crede che l'ordine della società per cui esso detta le leggi sia interessato all'esistenza di un certo contemperamento fra i diritti dell'individuo e quelli della società stessa e delle altre società minori, la cui esistenza è consentita e garantita dallo Stato. Il legislatore italiano doveva conciliare due principî opposti: l'interesse dello Stato e della società coniugale, ai quali riteneva essenziale la indissolubiità del matrimonio, ed i diritti dell'individuo al rispetto della propria persona ed alla libera esplicazione delle proprie facoltà, che ogni società democratica è indotta dalla sua stessa essenza a garantire nel modo più completo; perciò da un lato proibì il divorzio, dall'altro, nei limiti della separazione che gli parve di poter consentire, ammise sia l'effetto del mutuo consenso, sia la causa contemplata dall'articolo 152, non ritenendo che, salva l'intangibilità del vincolo coniugale, nè i coniugi possano obbligarsi a coabitare se entrambi sentono reciproca avversione, nè la coabitazione di uno di loro sia abbandonata con totale suo sacrificio all'assoluto arbitrio dell'altro.

L'Italia dunque, d'accordo colla Spagna, col Portogallo e coll'America Latina nell'ammettere il matrimonio indissolubile, si distingue però sia perchè riconosce la separazione per mutuo consenso, sia perchè ammette il matrimonio civile sottraendo del tutto la cognizione delle cause matrimoniali ai giudici ecclesiastici. Da

(1) Lomonaco, l. c., vol. I, pag. 219, 20.
(2) Laurent, op. c., vol. V, pag. 240.

questo ultimo fatto deriva, a così esprimerci, una maggiore indissolubilità in Italia che non in quegli altri paesi, essendo impossibile presso di noi di supplire in qualche caso al divorzio coll'ammettere con una certa larghezza i motivi di nullità. (1)

539. — Mentre i legislatori finora accennati hanno creduto di assicurare la pubblica moralità e di presidiare l'ordine delle famiglie escludendo del tutto il divorzio e non ammettendo veruna alterazione dei rapporti coniugali all'infuori della separazione, altri legislatori credettero invece che si raggiungesse meglio lo stesso scopo non riconoscendo se non matrimoni completamente normali nella loro esistenza ed escludendo quello stato ambiguo durante il quale i coniugi essendo autorizzati ad allontanarsi l'uno dall'altro, ma restando vincolati al matrimonio fra loro contratto, non sussiste di questo che l'elemento negativo e perciò ammisero il divorzio e riprovarono assolutamente la separazione indeterminata.

Così fece la Svizzera colla legge federale del 1874. Un coniuge può domandare il divorzio in confronto dell'altro per adulterio (senza distinzione fra quello del marito e quello della moglie) se non sono passati sei mesi dacchè ne ebbe conoscenza; per attentato alla vita, gravi maltrattamenti od offese profonde; per condanna ad una pena infamante, per volontario abbandono quando abbia durato due anni ed una intimazione giudiziaria di

(1) A tale proposito si può notare e rettificare un errore sfuggito al Dumas (*La Question du Divorce*, Paris, 1880, pag. 231) laddove dice: « Les seuls pays où le divorce n'existe pas dans les lois sont la France, l'Italie, l'Espagne et le Portugal; or comme en Italie ceux qui se marient peuvent opter entre le contrat civil et le sacrement réligieux qui contient la nullité, et qu'en Espagne et en Portugal il n'y a que le sacrement réligieux qui constitue le mariage, lequel sacrement peut être frappé de nullité, il en resulte que la France est le seul pays où le mariage ne peut être dissous. » Quel giudizio che l'illustre commediografo filosofo pronunciava del suo paese prima che vi si ristabilisse il divorzio, poteva applicarsi allora come può applicarsi adesso all'Italia. È vero che presso di noi nessuna legge punisce il matrimonio religioso scompagnato da quello civile e che chi vuole è libero di ricorrere al primo trascurando il secondo, ma non si può dire che, nei riguardi del diritto civile, esso conservi in tal guisa a sua disposizione l'eventuale ricorso alle nullità riconosciute dai tribunali ecclesiastici, poichè in quel caso di fronte al diritto civile non esiste verun matrimonio, e quell'unione nè nei riguardi dei coniugi, nè in quelli della prole, produce nella sua celebrazione o nel suo annullamento alcun effetto civile.

ritorno sia stata fatta da sei mesi senza risultato, e per infermità di mente durata tre anni e dichiarata inguaribile. (1) Quando il divorzio sia pronunciato per colpa di un coniuge, questo non può contrarre un nuovo matrimonio se non sia trascorso il termine di un anno, che la sentenza può estendere fino a tre anni. (2) Quando uno dei coniugi presenti domanda di divorzio senza appoggiarla ad alcuno di quei motivi, ma ciononostante risulti che i rapporti coniugali sono profondamente alterati, il tribunale può bensì pronunciare il divorzio o la separazione personale, ma nemmeno in tal caso questa può essere indeterminata; la sentenza non può concederla per più di due anni, trascorsi i quali, se non ebbe luogo la riunione dei coniugi, può rinnovarsi la domanda del divorzio definitivo. (3) Con tale esclusione della separazione indeterminata si collega la disposizione transitoria (4) che è importante, anche nei riguardi dell'applicazione che potrebbe farsene agli stranieri separati, e secondo la quale le separazioni definitive o temporanee pronunciate prima dell'entrata in vigore della legge federale potranno dar luogo ad un'azione di divorzio se le cause che le motivarono possono secondo la legge federale fornire argomento di divorzio.

Inoltre v'ha un'altra disposizione dalla quale parrebbe ammesso anche il divorzio per mutuo consenso più chiaramente che non dall'articolo 47 citato a tale proposito dal Salandra; (5) infatti la stessa legge stabilisce che i coniugi possano domandare d'accordo il divorzio. (6) Ma spetta esclusivamente al tribunale, non già di omologare il loro accordo, bensì di « pronunciare il divorzio, quando risulti dalle circostanze che una continuazione della vita comune sarebbe in opposizione coll'indole stessa del matrimonio »; il che è ben diverso dall'ammettere il divorzio per mutuo consenso.

La stessa sostituzione del divorzio alla separazione illimitata fu estesa a tutta la Germania dalla legge imperiale del 7 Febbraio 1876. Dopo avere stabilito (7) che le controversie matrimoniali sono d'esclusiva competenza dei tribunali civili, ad esclusione di quelli ecclesiastici e d'ogni giurisdizione fondata sull'adesione

(1) Articolo 46.
(2) Art. 48. — (3) Art. 47. — (4) Art. 63. —
(5) Salandra, *Il Divorzio in Italia*, Roma, Forzani, 1882, pag. 38-9.
(6) Art. 45. — (7) Art. 76.

degli individui ad una determinata confessione religiosa, essa ammette bensì che quei tribunali civili continuino ad applicare il loro diritto particolare qualunque ne sia l'origine, ma impone che in tutti quei casi nei quali, per le norme prima vigenti, si doveva pronunciare la separazione di letto e di mensa si pronunci ora il divorzio. (1) È accordata inoltre la conversione in divorzio delle separazioni ottenute antecedentemente, senza distinguere se siano state pronunciate dai tribunali ecclesiastici o secolari, applicando il diritto canonico o quello civile. (2)

La comunanza di diritto fra gli Stati Germanici si riduce però in tale argomento alla secolarizzazione del matrimonio, all'esclusione della separazione indeterminata ed alla sua sostituzione col divorzio, cui può aggiungersi la disposizione dell'articolo 33 n° 4, che proibisce il matrimonio fra il divorziato per adulterio ed il proprio complice, ammettendo però la dispensa. L'indicazione dell'autorità cui in tal caso spetta concedere la dispensa, e delle cause per le quali può essere ottenuto il divorzio, devesi ricercare nei diritti particolari.

Soprattutto nella Prussia i motivi di divorzio sono numerosi, cioè: l'adulterio di uno dei coniugi colla sola distinzione che la moglie non possa opporre alla domanda di divorzio proposta contro di lei per adulterio, la stessa colpa del marito; il legittimo sospetto di adulterio, l'abbandono volontario, i vizii contro natura; il rifiuto della moglie di seguire il marito; il rifiuto persistente d'uno dei coniugi di adempiere gli obblighi coniugali; l'impotenza; la demenza che duri da un anno e sia dichiarata inguaribile; gli eccessi, sevizie ed ingiurie gravi avuto riguardo alla condizione sociale dei coniugi; la condanna di uno di loro a pena infamante; la prodigalità; il rifiuto del marito di fornire gli alimenti alla moglie; ed il mutuo consenso se non vi sono figli ed eccezionalmente anche quando ve ne siano in certi casi determinati. (3)

Il Codice Sassone ammette come motivi di divorzio l'adulterio ed atti immorali ad esso assimilati, l'abbandono persistente dopo invito ufficiale di restituirsi al domicilio coniugale, l'attentato alla vita dell'altro coniuge, le sevizie ed ingiurie gravi, le condanne

(1) Articolo 77.

(2) Garnier, l. c., pag. 161.

(3) Parte II, Tit. I, Sez. 8, art. 668 e seg.

criminali, la follia ed altre malattie incurabili come l'epilessia, l'impotenza od il rifiuto ostinato di adempiere gli obblighi coniugali, la vita dissipata e l'ubbriachezza abituale, i mali trattamenti abituali, (1) ed esclude il divorzio per mutuo consenso. Nei paesi dell'Impero dove la legge civile non provvede a tale argomento, sussistono i motivi ammessi antecedentemente dalle leggi religiose dei coniugi cioè l'adulterio, l'abbandono, le insidie, le sevizie gravi e le condanne a pene infamanti per gli evangelici, e l'adulterio e gli altri delitti carnali per i cattolici.

Nell'Alsazia Lorena e nella Prussia renana vige anche in questa materia il diritto francese; d'accordo con quello prussiano e badese nell'ammettere il divorzio per mutuo consenso, che è invece riprovato, salvo l'eccezioni citate, dalle altre legislazioni della Germania.

540. — Esso è invece ammesso dalla Rumania, dove il Codice Civile del 1864 si uniformò quasi completamente al Codice Napoleone, pareggiando altresì in quanto alle conseguenze l'adulterio del marito a quello della moglie. In Danimarca sono cause di divorzio l'adulterio, l'abbandono senza giusto motivo durato tre anni, l'assenza durata sette anni, l'impotenza antecedente, la condanna ai lavori forzati a vita se dopo i primi sette anni il coniuge condannato non fu graziato dal re, ed il mutuo consenso. Le stesse cause possono invocarsi nella Norvegia, ma ai coniugi divorziati per mutuo consenso è necessaria una formale autorizzazione perchè possano contrarre un secondo matrimonio. (2)

In Svezia, dove il principio della dissolubilità del matrimonio fù riconosciuto non appena vi fu accolta la Riforma, le cause del divorzio si andarono successivamente moltiplicando. Il Codice ecclesiastico del 1571 accordò il divorzio per adulterio e malizioso abbandono deferendone la cognizione al tribunale di prima istanza, il Codice ecclesiastico del 1686 conferma le stesse cause ma ne rimette la cognizione al vescovo ed al capitolo della diocesi. Il Codice Civile del 1734 stabilì che il giudizio delle cause di divorzio sia affidato ai tribunali secolari lasciando al capitolo diocesano la spedizione della lettera di divorzio (3) non appena la sentenza del tribunale abbia acquistato forza di cosa giudicata. Inoltre venne

(1) Art. 1713, 28, 31, 33, 34, 35, 36, 40, 42. 43.

(2) Garnier, pag. 41.

(3) V. Corte Suprema 16 Giugno 1885. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886 pag. 377, *Bulletin de la jurisprudence suédoise par L. Beauchet.*

riconosciuto al re, nella sua qualità di capo supremo così dello Stato come della Chiesa, il diritto di autorizzare in seguito a domanda di una delle parti la dissoluzione del matrimonio per altri motivi determinati, oltre a quelli accennati dai codici ecclesiastici; motivi che furono poi limitati dalla legge del 27 Aprile 1810. Le cause di divorzio si distinguono dunque in primarie e secondarie. Le prime sono quelle che danno un titolo ad intentare l'azione davanti il tribunale di prima istanza del domicilio dei coniugi: e sono l'adulterio, l'abbandono volontario e l'assenza prolungata, la condanna di uno dei coniugi ai lavori forzati a vita se l'altro coniuge è innocente, la condanna di uno dei coniugi per aver attententato alla vita dell'altro e la demenza di uno dei coniugi durata almeno tre anni a condizione che l'altro non ne sia stato la causa colla propria condotta. Le cause secondarie sono quelle che possono giustificare una domanda di divorzio diretta al Re in Consiglio e che furono limitate dalla legge del 1810 alla condanna di uno dei coniugi alla pena di morte od alla perdita dei diritti civili a perpetuità anche se sia stato posteriormente graziato dal re; alla condanna per crimine grave od infamante, a quella ai lavori forzati a tempo, ubbriachezza incorreggibile, eccessiva prodigalità e violenza di carattere, e finalmente all'esistenza di una contrarietà di carattere e di opinioni abbastanza grave per essere una causa di avversione e di odio accertata dalle occasioni continue che ebbe di manifestarsi. Tutte queste cause si applicano allo scioglimento tanto dei matrimoni religiosi quanto di quelli civili senza differenze dipendenti dalla confessione religiosa dei coniugi. (1) Fra due persone colpevoli di adulterio non può contrarsi un valido matrimonio nemmeno dopo la morte del coniuge innocente: è vero che in circostanze speciali il re concesse ripetutamente una dispensa soprattutto quando i colpevoli dovevano provvedere alla educazione della prole; ma la podestà di dispensare del re lascia pur luogo in tale argomento ai maggiori dubbi. Inoltre al coniuge divorziato per colpa di adulterio è del tutto vietato di contrarre con chicchessia un altro matrimonio prima che l'altro coniuge sia morto o siasi rimaritato, od abbia dato il proprio consenso, od abbia supplito a questo una dispensa reale. (2)

(1) D'Olivecrona, l. c., pag. 357-8.
(2) Garnier, l. c., pag. 171.

541. — Agli Stati Uniti la competenza a conoscere delle domande di divorzio spetta alle stesse autorità che devono conoscere delle nullità dei matrimonî; (1) le cause di divorzio variano secondo gli Stati, ma l'adulterio vi figura in tutte le leggi (2) come motivo di divorzio; ed è considerata come prova sufficiente la confessione della parte imputata. (3) L'adulterio di un coniuge non può essere però invocato dall'altro coniuge quando questo alla propria volta sia colpevole per aver commessa la stessa infrazione (4) per aver favorita quella dell'imputato o per avervi dato occasione od incitamento, (5) o quando i due coniugi abbiano tollerato reciprocamente la continuazione di un rapporto adulterino (6) o quando abbia avuto luogo da parte del coniuge innocente un esplicito o tacito perdono. Provato che sia tale perdono, l'adulterio condonato ad un coniuge non può opporglisi più quando successivamente egli domandi il divorzio contro l'altro per lo stesso motivo; così la Corte Suprema del Massachussetts decise (7) che ad una moglie già colpevole di adulterio che lo abbia confessato al marito, il quale continuò a coabitare con essa, non può opporsi quell'adulterio quando essa invochi il divorzio per l'adulterio posteriore del marito. In tal guisa si abusa spesso dell'eccezione del perdono deducendolo da

(1) Vedi pag. 238, 9.

(2) La Carolina del Sud ed il Nuovo Messico non hanno leggi sul divorzio; ma in un certo numero di casi il matrimonio può esservi annullato. Secondo le leggi della Carolina del Nord, del Kentucky e del Texas il solo adulterio della moglie è causa di divorzio e quello del marito non ne è causa se non quando egli abbandoni la moglie e viva in adulterio con un'altra donna; nel Kentucky la condotta immorale della moglie è motivo di divorzio anche senza prova di adulterio.

(3) Corte Suprema di Nuova York. Madge c. Madge Alb. Law Journal, vol. 35, pag. 209.

(4) Maine, Nuova York, Nuova Jersey, Pennsilvania. Indiana. Illinois. Minnesota, Delaware, Tennessee. Missurì, Arkansas. Texas, Oregon, Colorado, Montana, Alabama, Mississipì, Florida.

(5) Pennsilvania. Indiana, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Nebraska, Virginia, West Virginia, Missuri, Texas, Oregon, Wyoming, Alabama, Mississipì, Florida, Arizona.

(6) Nuova Jersey, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Nebraska, Virginia, West Virginia, Missuri, Arkansas, Oregon, Georgia, Alabama, Arizona.

(7) Cummings c. Cummings. Sett. 1883, Alb. Law Journal, vol. 29, pag. 71.

diversi indizii dedotti dalla condotta del coniuge più sventurato, e si sostiene da taluno che il solo fatto d'aver compiuto una volta l'obbligo coniugale col coniuge del quale si conosceva la colpa possa giudicarsi come prova del perdono. In Pennsilvania si ammette la moglie accusata d'adulterio alla prova di essere stata demente nel momento in cui lo commise. È poi dovunque stabilito un termine relativamente breve entro il quale la domanda deve essere presentata. (1)

Si va facendo strada in America anche la dottrina che il divorzio non importi per la parte colpevole il diritto di rimaritarsi; ma essa non può dirsi ancora di diritto comune, ed anche in qualche Stato che la accoglie come la Pennsilvania è ammessa la potestà di dispensare nel Tribunale che pronuncia il divorzio. (2) La proibizione vige in modo assoluto nello Stato di Nuova York dove il coniuge divorziato per adulterio continua ad essere incapace di rimaritarsi come se fosse ancora legato dal vincolo del primo matrimonio. La Corte d'Appello di Nuova York giudicando un certo Faber (3) che dopo di essere stato, in seguito ad istanza della moglie, divorziato per adulterio colla proibizione di rimaritarsi, si era unito con un'altra moglie nello Stato di Nuova York finchè viveva la prima, lo condannò come colpevole di bigamia.

Nel maggior numero degli Stati oltre all'adulterio, possono essere invocate dai coniugi molte altre cause come l'impotenza (4)

(1) Un anno dalla scoperta in Oregon e Washington, due in Indiana, e California, tre in Wisconsin, Minnesota, Virginia, West Virginia, Wyoming, cinque in Nuova York, Michigan, Nebraska, Arizona.

(2) Garnier, pag. 131-2.

(3) 17 Aprile 1883, People of Nuova York c. Faber. Alb. Law Journal, vol. 27, pag. 390.

(4) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Rhode Island, Nuova Jersey, Pennsylvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, West Virginia, Carolina del Nord, Kentucky, Tennessee, Missurì, Arkansas, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Georgia, Alabama, Mississipì, Florida, Arizona e Distretto di Columbia. Nella massima parte di questi Stati si esige che l'impotenza sia antecedente al matrimonio confondendo in tal guisa i motivi di scioglimento con quelli di nullità. Così le leggi del 1, 5, 6, 8, 9, 10, 14-19, 21-26, 28-33, 36 e 37 fra gli Stati sopracitati. Fra gli stessi Stati però è a notarsi una legge del Colorado del 1885 che ammette l'azione di divorzio anche per impotenza susseguente al matrimonio quando sia cagionata da condotta immorale.

il volontario abbandono (1) la crudeltà, (2) l'ubbriachezza abituale, (3) il rifiuto da parte del marito di mantenere la moglie, (4) la prigionia o la constatazione di imputabilità di un crimine, (5) ed il passaggio ad una setta che condanna il matrimonio. (6) La stessa malvagità *(extreme cruelty)* è un termine molto vago; la Corte Suprema dello Stato di Nevada lo definì ritenendo un elemento necessario a costituirla un certo pericolo per la vita, le membra o la salute, senza il quale elemento non si può dire che

(1) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Rhode Island, Connecticut, Nuova Jersey, Pennsylvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Maryland, Delaware, Virginia, West Virginia, Kentucky, Tennessee, Missuri, Arkansas, Texas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Georgia, Alabama, Mississipì, Florida, Luisiana, Arizona, e Distretto di Columbia. Il rifiuto dei rapporti sessuali però è qualificato da una sentenza della Corte Suprema del Maine, (8 Gennaio 1887, Stewart c. Stewart) intimamente diversa dall'abbandono assoluto che può autorizzare il divorzio; in ciò d'accordo colla giurisprudenza inglese nei riguardi della separazione, e con una sentenza del Tribunale della Senna del 5 Maggio 1887, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 496-7.

(2) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Rhode Island, Connecticut, Pennsilvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Delaware, Kentucky, Tennessee, Missuri, Arkansas, Texas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Idaho, Wyoming, Utah, Georgia, Alabama, Mississipì, Florida, Luisiana, Arizona, Montana e Distretto di Columbia.

(3) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Rhode Island, Connecticut, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Delaware, Kentucky, Tennessee, Missuri, Arkansas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Georgia, Alabama, Mississipì, Florida, Luisiana, Arizona, Distretto di Columbia. Nella massima parte di questi Stati, soltanto quando sia grande e confermata l'abitudine dell'ubbriachezza.

(4) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Rhode Island, Indiana, Michigan, Nebraska, Delaware, Tennessee, Nevada, Colorado, Washington, Idaho, Wyoming, Utah, Arizona; e, nella California e nel Dakota, per volontaria trascuranza «(wilful neglect)».

(5) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Vermont, Rhode Island, Connecticut, Pennsilvania, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Iowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Delaware, Virginia, West Virginia, Kentucky, Tennessee, Missuri, Arkansas, Texas, California, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Georgia, Alabama, Mississipì, Luisiana, Arizona. Stimson, l. c., pag. 682, 3. Hittel, l. c., pag. 421.

(6) Nuovo Hampshire, Massachussetts, Kentucky.

cruelty esista nel senso legale della parola; ma soggiunse che una violenza fisica attuale non è necessaria per farne constatare la esistenza, potendo essa risultare da una serie continua d'insulti e di umiliazioni proprii a compromettere la salute e la stessa esistenza. (1) In alcuni Stati (2) la legge accorda facoltà ai Tribunali di concedere il divorzio per qualsiasi motivo sembri loro atto a giustificarlo anche se non contemplato dalla legislazione del paese.

In generale però non si ammette l'arbitrio dei coniugi nel senso che basti l'attestazione di uno di loro o d'entrambi per autorizzare il giudice a pronunciare il divorzio, ma si esigono perciò prove di altra fonte; ciò è espressamente richiesto dalle leggi di alcuni Stati. (3) Secondo una legge votata nel 1882, nel Massachussetts le sentenze di divorzio rese in prima istanza non sono mai definitive, se non siano trascorsi sei mesi dacchè furono pronunciate, dopo i quali basterà a renderle tali una semplice istanza rivolta al giudice da una delle parti. (4)

Ma oltre a queste cause ed a questi modi di ottenere giudiziariamente il divorzio, esiste in taluni degli Stati Uniti anche un divorzio che potrebbe dirsi di fatto. Vige infatti in quel paese il principio proprio al diritto comune inglese secondo il quale l'assenza di fatto durata sette anni senza notizie autorizza alla presunzione di morte; ma nessuna disposizione di legge tratta della validità od invalidità del matrimonio contratto dal coniuge abbandonato prima che siano trascorsi i sette anni; la decisione è lasciata nei singoli casi alla giurisprudenza ed il Bishop accenna ad un caso nel quale dopo un solo anno d'assenza d'un coniuge fu riconosciuto come valido il secondo matrimonio contratto dall'altro. Il limite di assenza oltre il quale il coniuge abbandonato può contrarre un secondo matrimonio non invalido per se stesso, è stabilito a tre anni nel Nuovo Hampshire, e nell'Ohio, a cinque anni nell'Illinois, in Nuova York, nei territorii, e nel distretto federale di Columbia; (5) e nel Vermont e nel Connecticut a sette

(1) Kelly c. Kelly 11 Luglio 1883, Alb. Law Journal, vol. 29, pag. 417.

(2) Maine, Connecticut, Wisconsin, Washington, Arizona, Florida.

(3) Garnier, pag. 131. Nuova York, Vermont, California, Dakota, Idaho, Utah, Arizona, Ohio, Michigan, Minnesota, Nebraska, Kentucky, Arkansas, California, Dakota, Idaho, Wyoming, Alabama, Florida.

(4) *Ann. de lég. étran.*, 1883, pag. 1006.

(5) Garnier, pag. 131-2.

anni. (1) Ora siccome in tali casi non sono trascorsi i sette anni richiesti per la presunzione di morte e non è intervenuta fra i coniugi una sentenza di divorzio, è chiaro che il diritto di quelli Stati Americani ammette un tacito divorzio di fatto avvenuto fra l'abbandonato e l'abbandonante; sicchè troviamo nello scioglimento del matrimonio secondo il diritto americano quello stesso valore della consensualità dedotta anche dai fatti e dalla condotta degli individui che riscontrammo nel periodo della sua origine e della sua celebrazione.

542. — Altri Stati accolgono nel proprio diritto tanto l'istituto del divorzio quanto quello della separazione a tempo indeterminato, sia che li ammettano per le stesse cause lasciando libero ai coniugi di invocare l'uno o l'altra, sia che per certe cause ammettono il divorzio e per altre non concedano se non la separazione, sia in fine che concedano l'una o l'altra alle varie categorie dei proprii sudditi distinti secondo la confessione religiosa.

Il primo gruppo è formato da quelle leggi che, quantunque ora in alcune parti diverse, pure ripetono la propria origine comune dal Codice Napoleone. In Francia il divorzio era stato introdotto dodici anni prima che quel Codice venisse promulgato dalla legge del 20 Settembre 1792 che lo ammise nei casi di demenza, condanna, delitti, sevizie, ed ingiurie gravi di un coniuge sull'altro, costumi notoriamente disordinati, abbandono durato due anni, assenza senza notizie durata cinque anni, emigrazione politica nei casi previsti dalla legge ed incompatibilità di carattere invocata da un coniuge contro l'altro. Inoltre fu ammesso il divorzio per mutuo consenso e fu abolita la separazione personale. A tutti questi modi di sciogliere il matrimonio la Convenzione ne aggiunse un altro il 23 Aprile 1794 ammettendo il divorzio senza veruna condizione di tempo o di formalità ogni qualvolta si dimostrasse con un atto autentico o di notorietà la separazione di fatto durata sei mesi. (2) L'ordine pubblico francese, così come doveva essere concepito in quel primo periodo della rivoluzione, esigeva simili disposizioni; nell'ordine economico come in quello politico e sociale la rivoluzione fu soprattutto lo scatto della personalità compressa che reclamava i proprii diritti; ed era naturale che anche

(1) Stimson, l. c., pag. 683.
(2) Salandra, pag. 43, 44, 45.

nella società familiare la corrente delle idee in quel momento prevalente travolgesse davanti all'irrompere delle ragioni individuali tutti i freni e tutti i diritti derivanti dal vincolo coniugale fino a quel momento prevalenti su quelle. Ad una società retta secondo l'assolutismo, la tradizione ed il privilegio, succedeva una società vagheggiante l'uguaglianza fin nelle identità dell'utopia; alla prima conservatrice succedeva la seconda per l'assunto suo distruttrice e rinnovatrice, che, animata da aspirazioni così diverse da quelle fino allora dominanti, distruggeva l'indissolubilità della famiglia, e ritenendo sopra tutti prevalenti i diritti degli individui ne incoraggiava e ne facilitava la dissolubilità.

Ma passato il periodo della distruzione e trovatasi la nuova società francese nella necessità di conservare le libertà conquistate, si fece manifesto che tale sistema era insostenibile nel suo fondamento e dannoso nelle sue conseguenze; la famiglia riapparve come l'elemento conservatore della società; senza misconoscere i diritti dell'individuo si ricominciò a considerarlo come una parte dello Stato e delle minori società in questo contenute, ed il diritto francese si ritrasse dalla china per la quale era disceso, cercando di contemperare il diritto dell'individuo al divorzio con quello dello Stato alla stabilità delle famiglie, anzi considerando queste soprattutto dal punto di vista del bene sociale e mantenendo o sciogliendo il vincolo coniugale a seconda che il matrimonio si mostrava o no atto al raggiungimento degli scopi che gli sono propri. Ammessi come essenziali certi doveri della vita matrimoniale, la legge ne assunse la tutela sia presidiandone l'osservanza, sia, quando ciò non riesca possibile, lasciando al coniuge leso il diritto di ridomandare la propria libertà e di ricercare in altra unione il raggiungimento dello scopo ideale del matrimonio. Tali concetti ispirarono il titolo sesto del libro primo del Codice Napoleone che, per le cause determinate dalla legge, lascia in arbitrio ai coniugi di domandare il divorzio o la separazione (1) e che concede l'uno o l'altra per adulterio, eccessi ed ingiurie gravi, condanna a pena infamante ed anche per reciproco consenso (2) se il marito ha venticinque anni, la moglie ventuno, non sono trascorsi venti anni dal matrimonio e la moglie non ha oltrepassata l'età di quarantacinque anni. (3)

543. — Le disposizioni del Codice Napoleone però non sussi-

(1) Art. 229, 233, 306. — (2) Art. 233. — (3) Art. 275-8.

stono più nella loro integrità, nè nel paese che le vide nascere, nè in alcuni di quelli dove la Francia le aveva importate.

Un'eccezione n'è il piccolo territorio di Moresnet posto fra la Prussia ed il Belgio che al tempo della dominazione austriaca dei Paesi Bassi formava parte della contea di Dalhem e del Ducato di Limburgo ed apparteneva per la parte maggiore al comune di Kelmis e per la minore a quello di Moresnet. Entrambi i comuni formarono un comune solo sotto la dominazione francese col nome di Moresnet, e furono aggregati al cantone Aubel del dipartimento dell'Œurte che apparteneva alle frazioni di territorio retrocesse nel 1815 dalla Francia alle potenze alleate. Quando i plenipotenziari prussiani e neerlandesi si riunirono per determinare definitivamente la linea di frontiera enunciata in termini generali dagli articoli 25 e 66 dell'Atto finale di Vienna, e con maggior precisione dal trattato del 31 Maggio 1815 fra la Prussia ed i Paesi Bassi, non riuscirono a mettersi d'accordo circa il tracciato del confine nel territorio che avea formato il cantone francese Aubel, e perciò stabilirono coll'Articolo 17 del trattato di confinazione firmata ad Archen il 26 Giugno 1816 un regime speciale per il territorio contestato. Quel piccolo territorio di una superficie di 345 ettari ed abitato allora da 250 ed ora da tremila abitanti venne pertanto affidato ad una amministrazione comune prussiana e belga. Nessuno dei due Stati potendovi esercitare il diritto di legislazione, vi restano tuttora in vigore le leggi francesi esistenti nel 1815. (1) Ma mentre in un angolo dimenticato d'Europa restavano in vigore le regole del Codice Napoleone circa il divorzio, esse subivano una sorte del tutto diversa nel territorio della ristaurata monarchia dei Borboni.

Dopo la ristorazione di questa dinastia il De Bonald propose e le Camere francesi approvarono la soppressione del divorzio in omaggio alla religione cattolica riproclamata fede dello Stato; e non restò ai coniugi altro ricorso se non che alla separazione personale per cause determinate. Invano la proposta di ristabilire il divorzio fu presentata tre volte con buon successo alla Camera dei Deputati dopo il 1830; la Camera dei Pari sempre la respinse; anche dopo la rivoluzione del 1848 l'analoga proposta del Crémieux fu lasciata cadere. Il 6 Giugno 1876 la proposta veniva

(1) Illustrirte Zeitung, 29 Gennaio 1887. Das neutrale Gebiet von Moresnet.

ripresentata dal deputato Naquet che voleva riavvicinarsi piuttosto alle leggi del 1792 e del 1794 che non al Codice del 1803, ammettendo un maggior numero di cause determinate, lasciando al giudice facoltà di accogliere qualunque altra causa non contemplata dalla legge e permettendo oltre che il divorzio per mutuo consenso, anche quello per volontà di un solo coniuge quando questi la manifesti con una domanda espressa e persistente affermando la propria decisione di sciogliere il matrimonio pur senza invocare veruna causa determinata. Respinto tale progetto ed il suo autore essendosi limitato a proporre la reintegrazione del Codice Civile così come era prima del 1816, uscì dalla discussione di questa seconda proposta la legge del 27 Luglio 1884 che, abrogando quella del 1816, ristabilisce il Titolo VI del Libro V del Codice Civile con qualche notevole modificazione. Sono esclusi infatti da tale ristabilimento gli articoli 233, 275-294, 297 e 305 che riguardano il divorzio per mutuo consenso, il quale pertanto resta escluso dal diritto francese; e gli Articoli 308, 9 che riguardano le pene di cui è passibile la moglie contro la quale siasi pronunciata sentenza di separazione personale per adulterio. Inoltre l'articolo 230 venne modificato nel senso di parificare del tutto come causa di divorzio l'adulterio del marito a quello della moglie; e l'Articolo 295 nel senso di non proibire assolutamente la riunione dei divorziati, se non nel caso che l'uno o l'altro dopo il divorzio abbia contratto un nuovo matrimonio pure disciolto mediante divorzio; nel caso di divorzio per adulterio resta poi in vigore dell'articolo 298 la disposizione che proibisce al coniuge colpevole il matrimonio col proprio complice. Non essendo stato riammesso il divorzio per mutuo consenso, i coniugi hanno nel diritto francese attuale un diritto di scelta perfettamente eguale fra la domanda di separazione e quella di divorzio, eguaglianza che non era completa nel Codice Napoleone che ammetteva la separazione soltanto per causa determinata ed il divorzio anche per mutuo consenso.

544. — Tale sistema invece continua ancora a vigere nel Belgio dove le disposizioni del Codice Napoleone rispetto al divorzio sono ancora nel Codice Civile. Quasi altrettanto può dirsi del diritto olandese che mantenne in vigore (1) le disposizioni degli Arti-

(1) Art. 89 e 90.

coli 295 e 298 del primo codice francese; esso differisce però dal diritto francese e da quello belga nell'ammettere il divorzio soltanto per cause determinate e la separazione tanto per cause determinate quanto per mutuo consenso, la quale può intervenire fra i coniugi due anni almeno dopo il loro matrimonio coll'omologazione dell'autorità giudiziaria alla quale però non sono obbligati di far conoscere i motivi della loro discordia. Nell'isola di Maurizio, dove restò pure in vigore il Codice Napoleone, le disposizioni ne furono modificate recentemente rispetto al divorzio ed alla separazione (1) determinando che la sodomia e la bestialità (2) ed ogni condanna contro uno dei coniugi alla prigionia con o senza lavoro forzato, sono cause di divorzio, e che l'abbandono del tetto coniugale (3) senza motivi giusti per più di due anni è pure una causa di divorzio; inoltre gli Articoli 298, 308 e 309 in quanto riguardano le pene da infliggersi alla donna adultera (4) sono aboliti anche a Maurizio.

545. — Il diritto inglese si distingue fra quelli che riconoscono il divorzio e la separazione perchè non lascia in facoltà dei coniugi di ricorrere all'uno od all'altra per le cause determinate dalla legge, ma stabilisce quali di queste autorizzino a chiedere il divorzio e quali non diano diritto a domandare se non la separazione. L'Inghilterra fu l'ultimo dei paesi protestanti che accolse nelle proprie leggi l'istituto del divorzio, benchè subito dopo la riforma vi si fosse dimostrata la tendenza ad ammetterlo.

Infatti nella « Reformatio Legum Ecclesiasticarum » iniziata sotto il regno di Enrico VIII e compilata sotto quello di Edoardo VI da una Commissione di trentadue membri presieduta da Cranmer, era stata introdotta una disposizione che concedeva il divorzio per adulterio, abbandono, lunga assenza, inimicizia capitale e sevizie, e sopprimeva la separazione a tempo indeterminato. Ma l'atto che conteneva tali disposizioni non rivestito della sanzione reale durante il regno di Edoardo, ebbe più tardi la stessa sorte sotto quello di Elisabetta e restò privo di forza obbligatoria lasciando sussistere il diritto antecedente che sanciva la indissolu-

(1) Ordinanze n.° 14 del 1872 e n.° 37 del 1882; Ann. di Lég. étrang., 1883, pag. 1115, 16.

(2) Articolo 4.

(3) Articolo 5.

(4) Articolo 14.

bilità del matrimonio. (1) Ma nel 1666 Lord Ross, dopo aver ottenuto dalle Corti ecclesiastiche una sentenza di separazione contro la propria moglie, presentò al Parlamento un'istanza implorando l'autorizzazione di rimaritarsi ed il Parlamento gliela concesse. Altre domande analoghe non tardarono ad essere presentate al Parlamento ed avendo il clero anglicano dichiarato che il divorzio non appariva contrario ai comandi della religione, si stabilì una giurisprudenza secondo la quale il divorzio veniva accordato in caso di adulterio dal potere legislativo nell'esercizio eccezionale di una funzione giudiziaria; e fu tale giurisprudenza che costituì originariamente, come accennai, anche il diritto comune degli Stati Uniti. (2)

Il divorzio continuò pertanto a venir pronunciato per atto del Parlamento in casi molto rari; così dal 1800 al 1850 non ne furono decretati se non 110 contribuendo soprattutto a tale rarità l'eccessiva spesa che ascendeva ad un minimo di settecento od ottocento sterline.

Tale circostanza faceva sì che una legge civile, per se stessa applicabile a tutti gli inglesi, fosse in realtà diversa a seconda della condizione economica dei coniugi e che un magistrato inglese potesse dire coesistere nel suo paese due diritti matrimoniali diversi, uno per i ricchi e l'altro per i poveri.

Ad un inconveniente così notevole pose riparo la legge del 28 Agosto 1857 applicabile nell'Inghilterra e nel paese di Galles ai coniugi appartenenti a qualunque confessione religiosa. Secondo quella legge la sola giurisdizione competente a decidere in contestazioni di divorzio è la « Corte per il divorzio e le cause matrimoniali » che forma parte dopo il 1873 della « Probate, divorce and admiralty division » della « Supreme Court of Iudicature » e le spese della cui procedura non superano mai le venti o trenta sterline. Le decisioni di prima istanza vengono pronunciate dai singoli magistrati della Corte; quelle d'Appello dalla Corte stessa e successivamente è ammesso un altro ricorso alla Camera dei Lordi. Secondo un'altra legge del 27 Maggio 1878 ogni corte

(1) Epochs of Church History-History of the reformation in England by George G. Perry pag. 86, 7. London, Longmans, Green and Co. 1886.

(2) Garnier, pag. 28. Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 57, 58. Encyclopedia Britannica v. *Divorce*. Hubert Valleroux, *Memoire sur le Dir. en Angl.* Bulletin de la Soc. de Lég. Comp., vol. XI, pag. 150 e segg.

locale od anche ogni magistrato giudicante da solo può, senza che vi sia bisogno di ricorso alla Corte suprema, pronunciare la separazione. Il divorzio non può essere pronunciato se non per causa di adulterio. Se si tratta della moglie basta la semplice prova che l'adulterio sia stato commesso; se del marito, si richiede che il reato sia accompagnato da bigamia o incesto, ratto, vizio contro natura, crudeltà od abbandono colpevole durato due anni. Per *crudeltà* si intendono le sevizie e gli eccessi ed anche il rifiuto ostinato del marito di far godere alla moglie comodità corrispondenti alla sua condizione sociale ed economica; ma non si intende che le ingiurie anche violente costituiscano una *crudeltà*. Il marito che domanda il divorzio per adulterio della moglie, deve, se non si oppongono ragioni particolari che la Corte deve apprezzare, trarre in giudizio anche il complice; ma l'azione per adulterio non è ammissibile se il coniuge che agisce ha già perdonato al colpevole o si rese alla sua volta colpevole di connivenza, abbandono, cattiva condotta o maltrattamenti. La sentenza pronunciata è provvisoria e non è resa definitiva se non in seguito a domanda della parte innocente dopo spirati tre mesi, termine che può essere abbreviato dal tribunale in casi eccezionali; il secondo matrimonio è vietato finchè non fu pronunciata la sentenza definitiva. (1)

Per causa di adulterio i coniugi possono domandare anche la separazione: ma per l'abbandono colpevole che sia durato tre anni, per la crudeltà e per delitti contro natura, non possono domandare se non la sola separazione; quella volontaria non è vietata, ma non produce effetti maggiori del *divorcio en cuanto al talamo* del diritto spagnuolo non conferendo alla moglie separata veruna estensione di capacità in confronto di quella normalmente attribuita alla donna maritata.

Nella Scozia, oltrechè per adulterio, è dato ottenere il divorzio anche per l'abbandono durato almeno quattro anni. Quando però l'azione di divorzio per abbandono è intentata dalla moglie, l'adulterio di questa durante il periodo dell'abbandono è un motivo sufficiente d'opposizione da parte del marito, e, quando sia provato, un motivo per la Corte di negare il divorzio. (2) Per causa

(1) Pavitt, pag. 160-3; Lehr, pag. 59-61.

(2) Lorimer. Handbook of the Law of Scotland. V^a edit., Edimburgh, Clark, 1885, Appendice I, pag. 555.

di sevizie è invece consentita soltanto la separazione, e questa è estesa anche al caso di gravi ingiurie non comprese nel senso attribuito alla parola *crudeltà* nel diritto inglese. In Irlanda dove sussiste la legislazione che vigeva in Inghilterra prima del 1857 non par possibile che si possa far divorzio se non ottenendo, dopo la sentenza di separazione pronunciata dalle Corti ecclesiastiche, un Atto speciale del Parlamento. Il Salandra (1) dice che in tal guisa non è dato praticamente ai cattolici di divorziare in Irlanda; ma ciò non parmi esatto perchè nulla impedisce loro di servirsi d'una sentenza di separazione per ottenere dal Parlamento la dissoluzione del vincolo coniugale. Nelle colonie australiane rette dal diritto civile inglese si manifestò, dopo il conseguimento della relativa loro autonomia, una tendenza ad aumentare le cause del divorzio, che nella Nuova Galles del Sud trovò la propria espressione in un progetto di legge presentato al parlamento da Sir Alfredo Stephen nel 1886 ed acclamato sul finire di quell' anno dal congresso dei liberi pensatori australiani. (2) Un progetto analogo che si preparava durante il 1887 nella Nuova Zelanda, fu approvato dal Sinodo Presbiteriano di Dunedin in quanto, circa l'azione per adulterio, parifica completamente la moglie al marito, ma disapprovato in quanto tende ad aggiungere a quello altri motivi di divorzio. (3) Il primo di questi due progetti fu approvato dall'assemblea legislativa della Nuova Galles del Sud e trasmesso il 30 Marzo 1887 al Consiglio Legislativo (Senato), che lo ammise alla terza lettura nel Giugno successivo rimandandolo con qualche modificazione all'Assemblea. (4)

546. — Finalmente un altro gruppo di Stati che ammettono il divorzio, è formato, come dissi, da quelli che ritenendo ancora il matrimonio e le cause matrimoniali più strettamente connesse colla santità della religione che non colle esigenze della legge civile, trovansi indotti a distinguere fra i propri sudditi a seconda delle varie religioni cui questi appartengono, riconoscendone o no l'attitudine al divorzio secondo che l' ammette o no la fede cui sono ascritti. A tale categoria appartengono i paesi che riconoscono per

(1) Pag. 28.
(2) Sidney Morning Herald, 6 Gennaio 1887.
(3) New Zaland Herald, 7 Novembre 1887, pag. 12.
(4) Sidney Morning Herald, 31 Marzo e 23 Giugno 1887.

religione dello Stato quella greca, detta ortodossa da chi la professa e scismatica dai cattolici. Questa Chiesa riconosce tre cause di scioglimento di matrimonio; la morte, l'adulterio e l'infedeltà (θάνατος, πορνεία, ἀπιστία). (1) Il modo di concepire giuridicamente la morte fa sì che anch'essa sia talora una vera causa di divorzio; infatti la si distingue in naturale e civile e la prima si suddistingue in certa e presunta. Per naturale s'intende, oltrechè la morte fisica anche la pena di morte pronunciata per cospirazione, brigantaggio, delitti carnali, incesto, apostasìa, insidie alla vita dell'altro coniuge; per presunta, il servaggio presso il nemico senza ritorno, e la lunga assenza; per civile, la condizione del coniuge che entri in un chiostro; in tutti questi casi l'altro coniuge ha diritto di passare ad altre nozze. L'adulterio fu pure considerato costantemente dalla Chiesa greca come una causa di divorzio; usu continuo, dice il Iovanonic, et non interrupta consuetudine et praxi per omnia retroacta saecula firmatus extitit; con poca differenza si può aggiungere, fra quello del marito e quello della moglie. Già Costantino (2) concesse facoltà alla moglie di abbandonare il marito colpevole d'omicidio, veneficio o violazione di tombe, ed al marito di abbandonare la moglie, oltrechè per queste cause, anche per adulterio: Teodosio e Valentiniano pareggiarono l'adulterio dei due coniugi. Le Institutiones Iuris Russici, (3) il Codice Politico per il Principato di Moldavia (4) e la Νομοθεσία della Valacchia (5) accolsero lo stesso motivo di scioglimento del matrimonio. Oltrechè l'adulterio certo, si ammette anche quello presunto per abbandono colpevole, per ripetute sevizie, perchè la moglie contro volontà del marito prenda parte a conviti, stia assente la notte senza passarla presso i propri parenti, prenda parte a pubblici spettacoli, o perchè il marito abbia insidiata la onestà della moglie, la abbia falsamente accusata d'adulterio, od abbia tenuta la propria concubina nella casa coniugale o nella stessa città dove abita, ma in luogo noto ed, ammonito a desistere, non se ne sia allontanato. A queste cause il Jovanovic dice che se ne sogliono aggiungere altre tre: l'odio implacabile, ma questo per lo più non

(1) V. Jovanovic, Étude sur les causes de dissolution du mariage d'après de l'Eglise Chrétienne d'Orient.

(2) A. 331, lib. 8, cod. V. 17 de repudiis ap. Jovanovic, l. c.

(3) Lib. I, § 176. — (4) § 121, 122.

(5) Parte III, C. 16, § 6, n. 7, 8.

è considerato che come causa o come conseguenza dell'adulterio: si maritus mulierem suam ex impotentia carnaliter cognoscere non potuerit et per spatium trium annorum a tempore contracti matrimonii pro impotente cognitus fuerit, ma questo è piuttosto una causa di annullamento; e finalmente si vir uxorem non reperiat virginem, rispetto alla quale si può ripetere la medesima osservazione.

Tutti gli Stati greco-ortodossi o di popolazione greca ortodossa che non hanno un diritto civile codificato o che pur avendolo non sottrassero ancora alla giurisdizione ecclesiastica le cause matrimoniali, o non determinano colle proprie leggi le regole che quelle giurisdizioni devono far valere, applicano al divorzio le regole suaccennate: fra questi possono citarsi la Turchia, la Grecia, la Bulgaria, il Montenegro e la popolazione greco-sismatica della Bosnia e dell'Erzegovina.

547. — Il Codice Civile Serbo (1) ammette il divorzio per adulterio, eccessi, sevizie, ed ingiurie gravi, colpa di un coniuge che conoscendo i maltrattamenti e gli artificii d'un terzo contro la vita dell'altro non li abbia svelati, condanna a più di otto anni di lavori forzati, assenze premeditate senza dare notizie ed abiura della fede cristiana; riconosce (2) anche la separazione personale, ma lascia liberi i giudici di applicarla secondo le regole del diritto canonico. Per tutte le contestazioni coniugali fra coniugi ortodossi, od uno dei quali sia ortodosso, sono competenti i tribunali ecclesiastici, la cui prima istanza è formata dal Concistoro della diocesi e l'appello dal Concistoro superiore di Belgrado; per tutte quelle invece che sorgono fra coniugi non appartenenti alla religione ortodossa, la competenza a giudicare spetta ai tribunali civili.

Ma mentre ai divorzi ed alle separazioni dei coniugi di religione greca i tribunali ecclesiastici devono applicare le norme stabilite dagli Articoli 91 e 102 del Codice Civile; a quella dei coniugi appartenenti entrambi ad altra religione i tribunali civili devono applicare le regole della religione rispettiva. Le parti stesse devono far conoscere al tribunale in modo autentico tali regole; che se non lo fanno o, pur facendolo, resti ciononostante qualche dubbio al magistrato, questo deve rivolgersi al ministro della giustizia che d'accordo con quello dell'istruzione e dei culti ricorrerà ad un

(1) Art. 91. — (2) Art. 102.

ministro della religione dei coniugi per chiedergli non solo i testi dei quali debba farsi l'applicazione, ma anche le interpretazioni necessarie alla decisione del litigio (1). Da tuttociò risulta che tanto in Serbia come negli altri paesi suaccennati è ammesso il divorzio per quei coniugi soltanto rispetto ai quali esso è riconosciuto dalla religione cui appartengono, e, ad eccezione dei greci-ortodossi, per i soli motivi riconosciuti da quella religione come cause valide di divorzio; sicchè a due Serbi o Bulgari cattolici riesce impossibile divorziare, e due coniugi sudditi di quei paesi ed appartenenti entrambi alla religione anglicana non potrebbero divorziare se non per causa di adulterio.

Il Codice Russo ammette il divorzio per adulterio, morte ed assenza, escludendo assolutamente quello per mutuo consenso: sono competenti a pronunciarlo i tribunali ecclesiastici, i quali, quando l'azione prende argomento dall'adulterio, non possono pronunciare il divorzio in base alla sola confessione del convenuto quando i fatti della causa non siano tali da provarne la piena veracità. Quando uno dei coniugi è condannato ad una pena che abbia per effetto la morte civile, cioè ai lavori forzati od alla deportazione in Siberia od in Transcaucasia, l'altro é libero di seguirlo o di separarsene; se egli sceglie la separazione l'autorità ecclesiastica competente pronuncia il divorzio, ed esso resta libero di rimaritarsi; se invece preferisce la continuazione del vincolo matrimoniale, non può domandare successivamente il divorzio se non nel caso che il condannato incorra in una nuova pena. Anche nel primo caso se il condannato è graziato o riconosciuto innocente ed autorizzato a ritornare nella sua primitiva residenza, prima che sia stata intentata l'azione di divorzio, si considera il matrimonio ristabilito, come se non avesse subito veruna alterazione. La durata dell'assenza di un coniuge senza dar notizie, dopo la quale l'altro può rivolgersi all'autorità diocesana per far pronunciare il divorzio, è fissata a cinque anni nei casi normali ed a dieci quando l'assente sia un soldato fatto prigioniero di guerra o scomparso durante una campagna. L'autorità ecclesiastica incarica la polizia di ricercare l'assente, e soltanto dopo che siasi constatata l'impossibilità di ritrovarlo, l'autorità dio-

(1) Paulovitsh, *De la condition juridique des étrangers en Serbie*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 18-20.

cesana pronuncia il divorzio: ma se l'assente è un individuo libero di scegliersi la residenza che gli aggrada, la sentenza non diventa esecutoria se non dopo la conferma del Santo Sinodo, cui la parte che chiede il divorzio, può anche ricorrere nel caso che l'autorità diocesana siasi rifiutata di pronunciarlo.

Le controversie matrimoniali fra le persone non appartenenti alla Chiesa greco-russa si decidono secondo le regole della Chiesa cui appartengono; non è però escluso del tutto che possano decidersi in certi casi secondo le norme e per opera delle autorità suaccennate. Il matrimonio può essere celebrato dai ministri della Chiesa stabilita anche fra cristiani appartenenti ad altre confessioni ed in tal caso il matrimonio soggiace nel cerimoniale della sua celebrazione e nelle sue conseguenze alle regole vigenti per i greco-russi. Del resto ogni famiglia segue le regole della propria confessione; i matrimoni misti di cui uno dei coniugi sia russo, possono essere sciolti come i matrimoni fra greco-russi, ma è inoltre sempre necessaria la ratifica del divorzio da parte del Santo Sinodo, ed è vietato alle autorità ecclesiastiche cattoliche di ingerirsi nelle domande di divorzio fatte da coniugi di cui uno sia cattolico e l'altro greco; i matrimoni dei non cristiani soggiacciono infine anche in quanto riguarda il loro scioglimento alle regole della religione rispettiva. (1) Fino dal 1883 fu annunciato un progetto di modificazioni alla legge sul divorzio inteso ad affidarne la competenza ai tribunali ordinari ed a mutare la disposizione che condanna a non più maritarsi il coniuge colpevole divorziato per adulterio; ma non credo che il progetto siasi finora mutato in legge.

Come in Russia l'indissolubilità del matrimonio, così in Polonia secondo le leggi del 23 Giugno 1825 e del 25 Giugno 1836 è una eccezione il divorzio: il diritto polacco non ammette se non la separazione limitata a tempo od indeterminata che può essere domandata per adulterio od ingiurie gravi, o quando uno dei coniugi si sia reso colpevole di un crimine od abbia costretto l'altro a commetterlo. Alla separazione può ricorrersi anche per mutuo consenso coll'omologazione dell'autorità competente. (2) Tuttociò non impedisce che i coniugi protestanti e greci ortodossi possano divorziare in Polonia come nelle altre parti dell'Impero.

(1) Lehr, *Dr. Civil Russe*, pag. 26-28 e 33-36.
(2) Lehr, *Dr. Civil Russe*, pag. 20, 30, 52.

548. — Le stesse diversità d'ordine confessionale rispetto all'ammissione del divorzio si riscontrano nelle leggi dell'impero austro-ungarico con questa differenza però in confronto dei paesi soggetti al diritto religioso greco e della stessa Serbia e della Russia, che il Codice Austriaco stabilisce per i sudditi di tutte le confessioni così le cause di separazione come quelle divorzio e sottopone anche queste in quanto le ammette e per quelle categorie di cittadini per cui le ammette, al giudizio dei tribunali ordinarii. Anzitutto la separazione è ammessa per tutti i sudditi austriaci senza distinzione di culto. Quella per mutuo consenso si concede dal tribunale dopo che i coniugi abbiano manifestato al ministro della loro religione il proposito di separarsi, e che avendo cercato per tre volte il sacerdote di dissuaderli abbia loro rilasciato un certificato della loro persistente volontà di separarsi. Tale certificato deve essere unito all'istanza di separazione che vien presentata al giudice il quale dopo aver fatti comparire i coniugi ed avuta la conferma della loro decisione, concederà senz'altro la separazione domandata e ne farà annotazione negli atti giudiziari. (1) La separazione può ottenersi anche da un coniuge solo contro la volontà dell'altro purchè la parte attrice unisca alla domanda un certificato del parroco che attesti, nella stessa guisa che nel caso del mutuo consenso, non essersi potuta ottenere la riconciliazione, ed il giudice possa verificare a danno della parte convenuta l'adulterio o qualche altro delitto, l'abbandono malizioso, la vita sregolata che metta in pericolo o i beni del coniuge querelante od i buoni costumi della famiglia, le insidie pericolose tese alla vita od alla salute, i gravi maltrattamenti o le afflizioni assai sensibili secondo le qualità della persona e cagionati ripetutamente od i costanti difetti fisici congiunti a pericolo di contagio. (2) Ma l'eguaglianza dei sudditi austriaci circa i provvedimenti d'ordine matrimoniale si limita alla separazione.

Rispetto ai cattolici il Codice stabilisce (3) che il vincolo di matrimonio validamente contratto fra persone appartenenti a questa religione non si possa sciogliere se non colla morte di uno dei coniugi e che sia del pari indissolubile questo vincolo se uno soltanto dei coniugi professava la religione cattolica al tempo del con-

(1) C. C. A., § 103-106.
(2) § 107-110. — (3) § 111.

tratto matrimonio. È una disposizione quest' ultima collegata coll'idea della religione dominante come quella analoga che notammo nel diritto della Serbia e della Russia; qui in paese scismatico il matrimonio fra greco e cattolico soggiace alla dissolubilità secondo il diritto religioso greco; là in paese cattolico il matrimonio fra un cattolico ed un greco od un protestante soggiace alla indissolubilità voluta dalla religione cattolica. Il diritto ungherese differisce sotto questo rapporto da quello austriaco in quanto non solo al coniuge accattolico vi è sempre lecito domandare il divorzio, ma per decidere dell'ammissibilità di questa domanda si bada altresì alla religione dell' attore al momento della domanda stessa e non già al momento in cui fu contratto il matrimonio, sicchè un coniuge cattolico separato può, apostatando, ottenere il divorzio e rimaritarsi con un accattolico durante la vita dell'altro coniuge che non abbia mutato religione; mentre in Austria, dove si bada alla religione dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio, quando originariamente entrambi i coniugi erano accattolici, se uno di loro posteriormente entra nella Chiesa di Roma, l'altro (1) conserva il diritto di domandare il divorzio. Inoltre mentre in Austria la separazione perpetua è ammessa per tutti i sudditi senza distinzione di culto ed il divorzio per i soli accattolici, in Ungheria la prima è ammessa soltanto per i cattolici, e vi vige la massima che una separazione indeterminata pronunciata fra coniugi protestanti abbia valore equipollente al divorzio così da autorizzarli a contrarre un altro matrimonio. Il Codice austriaco non accorda la facoltà di rimaritarsi al coniuge cattolico dell' assente, nemmeno quando sia trascorso il tempo stabilito per la dichiarazione di morte di quello; però se all' assenza (2) si aggiungano tali circostanze che tolgano ogni fondamento al dubbio circa la seguita morte dell' assente, si può, davanti al tribunale provinciale del distretto dove il coniuge rimasto ha il proprio domicilio, promuovere la domanda affinchè sia dichiarato giudizialmente per morto l'assente e per sciolto il matrimonio. In seguito a tale domanda (3) (analogamente a ciò che avviene nel caso del divorzio per lunga assenza del diritto russo), si deputa un curatore coll' incarico speciale di rintracciare l'assente e questo con editto da inserirsi per tre volte nei giornali anche esteri viene citato a comparire nel termine di un anno,

(1) § 116. — (2) § 112. — (3) § 113.

scorso il quale infruttuosamente (1) e rinnovata l'istanza, si incarica un altro della difesa del matrimonio, ed esaurita la procedura si decide sulla concessione od il diniego dell'autorizzazione domandata; la concessione però non diventa definitiva e non è comunicata alla parte se non dopo la conferma del tribunale superiore e del tribunale supremo.

Ai cristiani accattolici cui il divorzio è in genere concesso, non è lasciata facoltà di ricorrervi nei casi stabiliti dalla religione cui appartengono, ma in quelli determinati dal Codice stesso; (2) cioè per adulterio o per condanna a non meno di cinque anni di carcere; per abbandono malizioso senza ricomparsa, nel caso di dimora ignota, dopo un anno trascorso dalla pubblica citazione giudiziale; per insidie pericolose alla vita ed alla salute; gravi e ripetuti maltrattamenti; avversione invincibile per cui l'uno o l'altro dei coniugi domandi lo scioglimento del matrimonio; in questo ultimo caso però lo scioglimento non s'accorda se non siasi sperimentata, secondo le circostanze, anche reiteratamente, la separazione di letto e di mensa. È sempre vietato il matrimonio fra il coniuge divorziato e coloro che (3) dalle prove addotte per ottenere lo scioglimento del matrimonio, risultassero avere o con adulterio o con istigazione od in qualunque altro modo punibile, data occasione allo scioglimento.

549. — In Italia il divorzio non ebbe finora numerosi partigiani e nella redazione del Codice Civile prevalse il concetto che, indipendentemente dal rispetto di qualsiasi prescrizione d'ordine religioso, il miglior mezzo di tutelare la moralità delle famiglie e l'ordine sociale sia il non dipartirsi dalla indissolubilità del matrimonio. Il deputato Morelli Salvatore non si stancò di ripresentare proposte di legge autorizzanti il divorzio, ed il Parlamento non si stancò di lasciarle cadere, finchè l'ultima di quelle proposte non fu raccolta nel Marzo del 1880 dal ministro Villa. Dopo la morte del Morelli egli presentò alla Camera il 1 Febbraio 1881 un progetto di legge che ebbe favorevole accoglienza, salvo alcune modificazioni nella Relazione Parlamentare presentata il 20 Gennaio 1882. Il divorzio sarebbe ammesso (4) per condanna alla pena capitale od ai lavori forzati a vita secondo il progetto del ministero e per la pena criminale non minore di dieci anni secondo quello

(1) § 114. — (2) § 115. — (3) § 119. — (4) Art. 1, n° 1.

della commissione, e secondo entrambi (1) per ogni caso di separazione personale dopo cinque anni se vi sono figli e dopo tre se non ve ne sono, a datare dal giorno in cui la sentenza, che pronunciò od omologò la detta separazione sia passata in cosa giudicata; il progetto della Commissione ammette inoltre che sull' istanza di uno dei coniugi i termini stabiliti dall'articolo 1 n.° 2, possano essere abbreviati dal tribunale dopo sentito il consiglio di famiglia. Entrambi i progetti stabiliscono poi (come la maggior parte delle leggi già accennate) che ove la separazione personale (2) dei coniugi ed il seguito divorzio abbiano avuto origine dall'adulterio di uno di loro, accertato con sentenza passata in giudicato, il coniuge colpevole non possa contrarre matrimonio col proprio complice. Quando ciò avvenga, il matrimonio sarà annullato, il coniuge colpevole sarà condannato al carcere per un tempo non minore di tre mesi e non maggiore di un anno, senza prescindere, in quanto all'ufficiale dello stato civile, dalla disposizione dell'articolo 124 del Codice Civile; però l'annullamento del matrimonio e la condanna al carcere non avranno luogo se non in seguito ad istanza del coniuge offeso proposta non oltre il termine di sei mesi dal giorno in cui il coniuge stesso ebbe notizia del contratto matrimonio.

Se questi progetti diventassero legge l'Italia sarebbe uno dei paesi più larghi nel concedere il divorzio, non essendo escluso indirettamente nemmeno quello per mutuo consenso. Forse la proposta cadrà anche questa volta, forse giungerà in porto corretta e limitata non poco; probabilmente ne uscirà poco di buono per causa del falso indirizzo che travia gli spiriti in questa come in molte altre questioni. Anche in questo campo come in quello della pena di morte ed in altri non pochi, il dottrinarismo predominante fa sì che si voglia tutto ridurre al medesimo denominatore e che autoritarii e liberali si combattano in nome delle loro idee preconcette rispetto ad una questione il cui studio dovrebbe essere del tutto tecnico. Ad una sola categoria di persone, ai cattolici credenti nella propria religione, è lecito invocare per combattere il divorzio un principio fondamentale che sono obbligati a riconoscere per verità; ma per tutti coloro che non partono da quella premessa, non può trattarsi nel risolvere tale questione di maggiore o minore liberalismo, ma di una indagine del tutto te-

(1) Art. 1, n° 2. — (2) Art. 15.

cnica. Per tutti esiste lo Stato che deve curare coll'ordine delle famiglie quello proprio; tale ordine si presidia meglio recidendo le famiglie malate o tenendole unite quantunque siano malate? quali indizii si possono dedurre dagli effetti prodotti dal regime della separazione nel nostro paese; quali dagli effetti del divorzio negli altri? Questi sono i problemi che i legislatori dovrebbero proporsi; problemi che implicano un calmo esame dei fatti ed una più calma induzione delle conseguenze; ma è molto difficile che si proceda così; anche questa questione come tante altre sarà ridotta al medesimo denominatore, rimanendo assoluti nel diniego i conservatori quanto saranno prodighi nell'accordare i liberali. In tal guisa il pensiero si perturba e si svia perchè partigiani ed avversarii del divorzio si dovrebbe essere non già in nome di qualche principio astratto (ad eccezione di quello religioso) di autorità o di libertà, ma in nome dell'ordine e della stabilità della famiglia che dev'essere il fine cui tendono gli uni e gli altri, differendo soltanto nei mezzi preferiti per raggiungerlo. (1)

550. — E questo elemento perturbatore del retto criterio che si riscontra studiando l'agitarsi della questione del divorzio nell'interno dei singoli Stati, si presenta anche a chi esamina le conclusioni cui si giunge rispetto ad essa nel campo delle relazioni internazionali. Il Savigny (2) concepì egregiamente una delle giuste soluzioni internazionali della questione del divorzio (3) quando sostenne che il giudice debba sempre applicare la propria legge ai coniugi, a qualunque paese appartenenti, che gli domandano di divorziare. Il Laurent concepì altrettanto bene un'altra soluzione giusta insegnando (4) che deve applicarsi dovunque la legge personale dei coniugi. Tali due soluzioni, diverse nelle conclusioni cui arrivano, sono però identiche della premessa da cui partono: che cioè

(1) È del resto difficile trovare un indizio sicuro, circa gli effetti comparativi della separazione e del divorzio, nei dati statistici; da quelli allegati al progetto italiano e che abbracciano i computi degli ultimi anni risulta che su mille matrimonî quattro Stati che ammettono il divorzio presentano un numero minore di disunioni, e molti più Stati che lo ammettono ne presentano un numero molto maggiore dell'Italia. V. anche i dati dal 1876 al 1882 compilati dall'ufficio federale svizzero di statistica. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 124.

(2) V. vol. I, pag. 88.

(3) V. anche Asser-Rivier, pag. 117-8-9.

(4) Vol. V, pag. 244-255.

le leggi che proibiscono e quelle che ammettono il divorzio debbano considerarsi come eguali per forza obbligatoria e per autorità, senza distinguere le une dalle altre per una, se così è lecito esprimersi, gerarchia di bontà intrinseca. Rispetto a questa è incompetente a giudicare il diritto internazionale; se si ammette nei rapporti fra i varî paesi il principio della territorialità tanto il divorzio come l'indissolubilità devono applicarsi nei rispettivi paesi che prescelgono l'uno e l'altra, a tutte le famiglie che vi si trovano; se si preferisce il principio della personalità, la facoltà di divorziare o l'obbligo della indissolubilità deve accompagnare dovunque i coniugi appartenenti ai paesi che rispettivamente le sanciscono nelle proprie leggi.

Quando si accoglie invece la soluzione che vedemmo preferita dalla scuola italiana e dal Brocher (1) e si ammette che la legge dell'indissolubilità debba accompagnare dovunque i coniugi appartenenti al paese dove essa è in vigore, ed obbligare nel tempo stesso in quel territorio tutti i coniugi appartenenti a paesi di legge diversa, si resta vittime senza avvedersene di uno di quei concetti perturbatori del giudizio che deplorammo si insinuino a sviare la discussione nella controversia di diritto interno e che è a tanto più forte ragione fuori di posto nel diritto internazionale. Si parte cioè dal presupposto che gli Stati imponenti il matrimonio indissolubile tutelino maggiormente l'ordine delle famiglie e quello pubblico che ne è la conseguenza; che quelli concedenti il divorzio curino meno l'uno e l'altro ordine, sciolgano i freni e si avvicinino maggiormente all'anarchia degli individualismi nel campo della vita famigliare; e se ne deduce con ispeciosa parvenza di logica la conclusione che la legge dei primi, in quanto limita la capacità personale per un motivo di ordine superiore, deva non solo seguire i sudditi loro all'estero ma obbligare anche tutti gli stranieri nel territorio dove impera, mentre quella degli altri in quanto concede agli individui una facoltà nell'interesse loro individuale indipendente da quello sociale, non abbia nessun motivo di essere applicata agli stranieri nel territorio dove è in vigore ed accompagni i cittadini di questo all'estero solo in quanto non vi si opponga, come norma d'ordine superiore e d'interesse sociale, il divieto dominante nel paese dove si recano.

(1) Vol. I, pag. 156, 204 e Bard, pag. 208 e segg.

Ora è appunto questa distinzione che può dirsi destituita del tutto di fondamento, ed ho cercato di farlo rilevare da tutta la breve esposizione di legislazione comparata che son venuto facendo. Non è vero che gli Stati che impongono l'indissolubilità del matrimonio curino l'ordine delle famiglie e che quelli permettenti il divorzio lo trascurino; non è vero che nelle disposizioni vigenti nei primi si debba ravvisare un limite alla libertà individuale imposto per motivi d'ordine sociale, ed in quelle vigenti negli altri una semplice facoltà di ordine personale ed individuale; è insussistente che nelle prime si debba vedere un intervento della sovranità a tutela della famiglia e nelle seconde una semplice astensione della società di fronte all'arbitrio dell'individuo; tanto le une quanto le altre leggi hanno per obbiettivo l'ordine della famiglia e quello sociale; alla tutela di questi due ordini sono ispirate le disposizioni così delle une come delle altre, diverse non già in quanto le une abbiano diverso dalle altre lo scopo finale, ma in quanto le une e le altre credono di raggiungere per via diversa la medesima meta.

Circa la bontà di tali vie si può discutere nel diritto interno ricercando quale sia il mezzo migliore per tutelare l'ordine delle famiglie; ma nel diritto internazionale anche tale discussione e le distinzioni che ne derivano sarebbero del tutto fuori di posto; ed il carattere della legge relativa allo scioglimento del matrimonio vi si presenta così chiaramente ed uniformemente ispirata alla tutela dell'ordine sociale e di quello della famiglia da non lasciare verun dubbio che, preferito in un paese nei rapporti di diritto internazionale privato in genere il principio della personalità, o quello della territorialità, l'uno o l'altro debba applicarsi senza distinzione al regolamento internazionale della materia. Invece quello speciale elemento perturbatore, aggiungendosi alla divergenza esistente fra gli Stati che, rispetto all'applicazione delle leggi nello spazio, preferiscono il criterio della personalità e quelli che adottano quello della territorialità, aggrava il dissidio dipendente dalla disposizione che esiste negli Stati a ritenere le proprie norme come obbligatorie così per i proprii sudditi all'estero in quanto regolano la capacità, come per gli stranieri all'interno in quanto tutelano l'ordine delle famiglie e l'ordine pubblico. Perciò l'occasione dei conflitti nel caso di divorzio è nello stato attuale dei diritti positivi singolarmente frequente e la loro risoluzione singolarmente difficile

nell'assenza di convenzioni internazionali; presentandosi nella medesima questione elementi d'ordine personale e territoriale; fra i quali è più difficile che non nelle altre questioni distinguere quale sia il principale in un modo uniforme, se non interviene fra gli Stati una transazione in nome di un principio superiore a tutte le esigenze particolari: di quello cioè del regolamento universalmente riconosciuto dei rapporti giuridici. Perciò avviene che mentre l'ideale del diritto internazionale può definirsi col Westake (1) « la coordinazione degli effetti estraterritoriali delle leggi che ammettono e di quelle che vietano il divorzio », nella realtà sono troppo frequenti i casi di divorzio accordato in un paese e non riconosciuto in un altro, e negato in un paese a chi secondo la propria legge potrebbe ottenerlo. E le autorità di questi ultimi paesi che in tal guisa fanno prevalere la propria legge vietante il divorzio sulla legge personale dello straniero che lo concederebbe, negherebbero alla loro volta il riconoscimento al divorzio ottenuto dai propri sudditi nella patria di coloro la cui domanda essi hanno respinta, quantunque quel divorzio vi fosse stato ottenuto in nome di quella stessa territorialità su cui piacque loro appoggiarsi per respingere la domanda analoga presentata da stranieri conformemente alle proprie leggi nazionali nel loro territorio.

551. — In Inghilterra ciò che determina in generale la giurisdizione in materia di divorzio è il domicilio del marito al momento nel quale il divorzio è domandato, (2) od anche il luogo della sua abitazione, purchè non si tratti di un soggiorno del tutto passeggiero e scelto collo scopo di ottenere il divorzio, qualunque sia il luogo dove fu celebrato il matrimonio e dove avvennero i fatti che diedero occasione alla domanda. (3) Nel caso Niboyet, sir Roberto Phillimore si era ritenuto incompetente ad autorizzare il divorzio fra due coniugi domiciliati in Francia e residenti in Inghilterra dove il marito era console; ma il suo giudizio fu infirmato dalla corte di Appello il 18 Novembre 1878, due giudici su tre avendo dichiarato che la sola residenza è sufficiente a dare giurisdizione in materia di divorzio. (4)

(1) Priv. Int. Law, 432.

(2) Westlake, Casi di Dir. Int. pubb. e priv., giudicati dai Tribunali Ingl., *Rev. de Dr. Int.*, vol. VI, pag. 380, 404.

(3) Westlake, Priv. Int. Law, § 39-41. — (4) Westlake, Casi, l. c.

Ammessa che sia la competenza, è sempre la *lex fori* che decide per quali cause il divorzio possa essere pronunciato; (1) sicchè se il marito risiede in Inghilterra, o se il matrimonio vi fu celebrato ed uno dei coniugi vi risiede, o se il delitto per il quale si domanda il divorzio fu commesso in Inghilterra, il magistrato inglese è autorizzato a conoscerne applicando le norme del diritto inglese. (2) Così il divorzio pronunciato fra inglesi da un tribunale straniero è riconosciuto in Inghilterra se le parti erano domiciliate nel territorio straniero al momento dell'azione. (3) Il Bulmerincq (4) crede che il divorzio pronunziato in paese straniero fra sudditi inglesi colà domiciliati, debba essere riconosciuto in Inghilterra solo allorquando sia avvenuto secondo i motivi di divorzio riconosciuti dal diritto inglese. Ciò non è esatto se non da un punto di vista storico: tale era infatti la dottrina vigente in Inghilterra, finchè non vi fu ammesso se non il solo divorzio per atto del parlamento, e formulata dai giudici nel *Lolley's case* a proposito del divorzio di un inglese in Scozia, dicendo che « no sentence or act of any foreign country or State could dissolve an english marriage a vinculo matrimoni for ground on which it was no liable to be dissolved a vinculo matrimoni in England ». Ma ora l'impero della *lex fori* si ammette in Inghilterra tanto se si tratti di divorziare in territorio inglese due stranieri, come se si tratta di ammettere la validità del divorzio pronunziato all'estero. (5) Inoltre la legge inglese è applicabile dai magistrati inglesi, quando si tratti di sudditi britannici anche se il coniuge colpevole ha mutato domicilio e la colpa fu commessa all'estero. (6)

552. — Le legislazioni degli Stati Uniti variano su questo come su tanti altri punti; due caratteristiche comuni però vi si possono notare: esse non danno verun valore prevalente alla legge nazionale delle parti; e nel maggior numero degli Stati la ricevibilità d'un'azione di divorzio dipende dalla durata della dimora delle parti nel territorio o dalla circostanza che nei limiti del territorio siansi verificati i fatti che danno argomento

(1) Westlake, Priv. Int. Law., § 48.
(2) Pavitt, pag. 153, 9 e Guthrie, l. c., pag. 299, n. 4.
(3) Westlake, Priv. Int. Lav., § 46.
(4) Völkerrecht, pag. 217 e seg.
(5) Westlake, Priv. Int. Law.
(6) Chitty 's Statutes, vol. I, pag. 1275, n. apud Field, pag. 520.

alla domanda diretta ad ottenerlo. (1) Da quest'ultima condizione infatti si prescinde in vari Stati quando prima che tale causa si verificasse le parti hanno vissuto insieme nel territorio come marito e moglie (2) o quando uno di loro (3) viveva nello Stato allorchè la causa si è verificata, (4) o quando il matrimonio fu celebrato nello Stato, (5) o quando il fatto di cui trattasi è una causa legale di divorzio nello Stato dove si è verificato, (6) o quando l'ingiuria per la quale si agisce si verificò nello Stato (7) o quando la parte attrice ha risieduto durante un certo tempo nello Stato. I limiti di residenza di buona fede anteriore all' azione richiesti in questi ultimi Stati per ammettere il divorzio per ogni causa senza distinguere se questa occorse dentro o fuori dello Stato, sono in alcuni Stati per l'attore (8) di cinque (9) in altri di tre (10) di due (11) di un anno, (12) di sei mesi (13) o di novanta giorni (14). Ogni prevalenza anche parziale del domicilio del marito su quello della moglie è in molti Stati abbandonata, e la moglie allontanatasi dal marito può presentare davanti al giudice della propria residenza la domanda di divorzio ed ottenerla secondo le disposizioni delle leggi locali. (15) Risulta evidentemente da queste norme che nel caso d'azione intentata da un coniuge

(1) Garnier, pag. 134, IX.

(2) Massachussetts, Maine, Vermont.

(3) Nel Maine, Nuova Jersey, Kentucky ed Arkansas l'attore.

(4) Massachussetts, Maine, Vermont, Nuova Jersey, Kentucky, Arkansas, Montana.

(5) Maine, Nuova Jersey, Oregon, Nuova York, Michigan, Wisconsin, Nebraska, Luisiana. — (6) Kentucky, Arkansas.

(7) Nuova York, Illinois, Missurì, Nevada, Colorado, Montana.

(8) E nel nuovo Hampshire, Connecticut e Virginia anche per il convenuto.

(9) Massachussetts. Però se al tempo del matrimonio le parti erano residenti nello Stato bastano tre anni di tale residenza.

(10) Connecticut.

(11) Vermont, Indiana, Maryland, Carolina del Nord, Tennessee, Florida, Distretto di Columbia.

(12) Nuovo Hampshire, Maine, Vermont, Rhode Island, Pennsilvania, Ohio, Illinois, Michigan, Wisconsin, Missurì, Arkansas, Oregon, Colorado, Washington, Montana, Utah, Alabama, Mississipì, Arizona.

(13) Indiana, Nebraska, Texas, California, Nevada, Idaho, Wyoming, Nuovo Messico.

(14) Dakota; Stimson, l. c., pag. 690, I.

(15) Stimson, l. c., pag. 691, F.

contro l'altro restato in patria, gli è dato in molti Stati di invocare l'assenza dell'altro coniuge come abbandono e come causa di divorzio sorta dopo il suo arrivo nel territorio.

Il Laurent si fonda (1) su qualche sentenza americana e scozzese per supporre, benchè con qualche riserva, che secondo la dottrina prevalente in quei paesi, la legge del divorzio appartenga piuttosto al diritto penale che a quello civile; l'enumerazione delle molte cause di divorzio ammesse in America basta a persuadere come tale supposizione non sia del tutto esatta; può dirsi piuttosto che la territorialità prevalente in America nel regolamento dei rapporti giuridici trovi modo di affermarsi in modo più completo nel caso del divorzio nel quale non trattasi già di apprezzare le conseguenze di fatti giuridici anteriori alla venuta delle persone in America, ma di modificare il loro stato in relazione colle circostanze che li riguardano quando vengono in quel territorio e che interessano insieme col loro benessere personale anche l'ordine stesso dello Stato. Del pari secondo la giurisprudenza scozzese, se le parti trovansi nei limiti di giurisdizione del tribunale cui una di esse si rivolge, il loro matrimonio può essere sciolto validamente dalle autorità locali.

553. — Anche il diritto germanico, pur badando al domicilio del marito per determinare la competenza del tribunale, non tiene conto alcuno del diritto nazionale dei coniugi per determinare l'ammissibilità o l'inammissibilità del divorzio, ed il Tribunale dell'Impero decise che l'Articolo 77 della legge imperiale del 1875 secondo il quale nei casi ai quali secondo i diritti antecedenti si applicava la separazione di letto e di mensa devesi ormai applicare il divorzio, è obbligatorio nei riguardi dei coniugi stranieri non meno di quello che dei nazionali. Un austriaco cattolico residente in Sassonia, che aveva sposato nel 1872 una tedesca appartenente al culto evangelico, essendosi rivolto al Tribunale di Lipsia per far pronunciare lo scioglimento del suo matrimonio, il Tribunale di Lipsia e la Corte di Dresda non pronunciarono se non la separazione personale, adducendo a propria giustificazione il divieto del divorzio imposto ai cattolici dalla legge austriaca. Ma il Tribunale dell'Impero cassò le loro sentenze (2) di-

(1) Vol. V, pag. 329, 30.
(2) 22 Aprile 1884, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 316-318.

chiarando l'Articolo 77 della legge imperiale applicabile anche agli stranieri in quanto vieta ai tribunali tedeschi di provvedere alle contese matrimoniali altrimenti che col divorzio. Esso considerò che se il legislatore avesse voluto fare una eccezione in favore degli stranieri domiciliati in Germania permettendo loro di ottenere dai tribunali tedeschi la separazione personale, avrebbe determinata la giurisdizione ed organizzata la procedura per questi casi particolari, mentre invece il Codice di Procedura civile tace del tutto di tale argomento; ed il suo silenzio non può interpretarsi favorevolmente alla legge nazionale degli stranieri, perchè la costituzione dell'Impero dichiara (1) che si deve considerare come destituita d'ogni valore qualunque disposizione di legge particolare concernente questioni di diritto internazionale privato che sia in contradizione colle leggi dell'impero; ora se tali disposizioni vietano ai Tribunali tedeschi di accogliere le domande di separazione che siano loro presentate, tanto maggiormente è loro vietato di pronunciare la separazione quando le conclusioni delle parti tendono ad ottenere il divorzio. Nè avrebbe potuto invocarsi il rispetto della legge nazionale sancito dall'Articolo 13 del Codice Civile Sassone per obbiettare che il divorzio così pronunciato non avrebbe prodotto verun effetto legale secondo il diritto del paese d'origine, perchè l'Articolo 39 della legge del 1875 ha abrogato tutte le disposizioni delle leggi particolari che apponessero al diritto di contrarre matrimonio altre restrizioni oltre a quelle contenute nella legge stessa; sicchè la legge austriaca non potrebbe fornire verun argomento agli ufficiali dello stato civile germanici per rifiutarsi ad unire in nuovi matrimoni i due coniugi divorziati.

Il Tribunale dell'Impero fu chiamato più volte a risolvere la stessa questione e la decise sempre nel senso della territorialità, la quale però resta naturalmente un po' temperata a vantaggio esclusivo del marito dal Codice di Procedura Civile, che dispone: (2) « I processi che hanno per oggetto lo scioglimento, la invalidazione o la nullità di un matrimonio od il ristabilimento della vita coniugale saranno di competenza esclusiva del tribunale regionale alla cui giurisdizione il marito è sottomesso in ragione del suo statuto di giurisdizione generale. La domanda della moglie contro il marito che la abbia abbandonata e non abbia domicilio se

(1) Art. 2 § 1. — (2) Art. 568.

non all'estero, potrà essere presentata al tribunale dell'ultimo domicilio del marito nell'impero germanico, purchè il convenuto fosse cittadino tedesco all'epoca dell'abbandono ». Tuttociò non porta però ostacolo se non all'azione di divorzio della moglie straniera contro il marito, non di questo contro quella, e non produce alcuna difficoltà al divorzio degli stranieri domiciliati. Anzi nell'applicare l'articolo 77 si procede tanto oltre da ammettere in generale che esso sia applicabile oltrechè ai giudizii di separazione pronunziati in Germania prima del 1876, anche a quelli pronunziati all'estero fra coniugi stranieri dopo la promulgazione della legge dell'Impero, nel senso che i coniugi stranieri separati nel proprio paese possano in virtù della sentenza di separazione ottenuta, chiedere lo scioglimento del matrimonio ai tribunali tedeschi.

Il Landgericht di Dresda decise in questo senso a proposito di due coniugi austriaci separati nel loro paese. « Dopo la legge del 1875, dice quella sentenza, non si deve tener più conto delle considerazioni religiose che servono di fondamento all'istituto della separazione personale indeterminata. Un impedimento al divorzio fondato sui dogmi ammessi da una confessione religiosa non produce più l'effetto di rendere impossibile il divorzio in Germania. La disposizione del primo allinea dell'articolo 77 fondata su questo motivo è applicabile secondo il secondo allinea alle separazioni definitive pronunciate prima della promulgazione della legge. Come il 1° allinea abolì la separazione in Germania, e stabilì che in luogo di quella si pronunci in avvenire il divorzio; così l'allinea 2° che estende lo stesso principio alle separazioni già pronunziate, obbliga i tribunali tedeschi ad ammettere la domanda di divorzio circa tutti quei matrimonî rispetto ai quali è stata pronunziata una sentenza di separazione. Dal momento che l'articolo 77 non fa distinzioni, esso deve applicarsi tanto agli stranieri quanto ai tedeschi. Dallo scopo della legge imperiale che è quello di negare in Germania ogni vigore ed ogni protezione alle separazioni definitive tanto se pronunciate prima quanto se domandate dopo la promulgazione della legge, risulta che i tribunali tedeschi devono egualmente annullare le decisioni dei tribunali stranieri che hanno pronunciato la separazione su domanda di uno dei coniugi, senza bisogno di curarsi degli effetti che potrà produrre la sentenza loro nel paese straniero, e pronunciare il divorzio in luogo della separazione. Limitare l'applicazione del 2.° allinea dell'articolo 77

alle sentenze di separazione pronunciate dai tribunali germanici equivarrebbe, nei casi analoghi a quello che si presenta, a stabilire una disuguaglianza fra gli stranieri ed i tedeschi ed a rifiutare la facoltà di domandare la conversione della separazione in divorzio agli stessi tedeschi separati da un tribunale straniero competente secondo la legislazione locale. Non si può invocare a tale proposito il divieto della legge straniera, perchè il divorzio domandato dall'attore non è fondato sul Codice Civile Austriaco, ma sulla legge tedesca del 1875. Secondo l'intento di questa legge che è quello di opporsi alla continuazione in territorio tedesco di ogni separazione pronunciata anteriormente per sentenza, una indagine sola deve farsi, quella cioè di vedere se la sentenza che si invoca abbia o non abbia pronunciata la separazione. (1) Una sola eccezione alla conversione della separazione in divorzio si fa per quelle separazioni straniere che furono ottenute per mutuo consenso e non già pronunciate contenziosamente dai tribunali. Così giudicò il Tribunale dell'Impero nel caso di due coniugi austriaci, che avevano combinata amichevolmente la propria separazione con una convenzione omologata dal Tribunale di Vienna il 18 Dicembre 1874. (2) Il marito successivamente domandò al Tribunale regionale di Dresda di pronunciare lo scioglimento del matrimonio fondandosi sull'adulterio della moglie, sull'abbandono del domicilio coniugale e sulla convenzione del 1874. Questo ultimo mezzo fu accolto dal Tribunale; ma davanti alla sede di appello il marito rinunziò al secondo mezzo ed il Tribunale regionale superiore escluse gli altri due. L'adulterio non fu preso in considerazione perchè la moglie non era stata processata per questo titolo e secondo il diritto austriaco la separazione per tale motivo non poteva essere pronunciata se una condanna non era stata inflitta alla moglie. Sull'altro mezzo il Tribunale dichiarò non potersi considerare come una sentenza la decisione del Tribunale di Vienna che erasi limitato ad omologare una convenzione privata. Tale sentenza fu confermata dal Tribunale dell'impero dichiarando che l'articolo 77 esige per la conversione in divorzio di una separazione che questa risulti da una sentenza cioè da un atto di giurisdizione

(1) Beauchet. Du Divorce en Allemagne des époux autrichiens séparés de corps. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 273-5.

(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, Jurisprudence Allemande pag. 306, 7.

contenziosa, mentre quello del Tribunale di Vienna non era stato in realtà che un atto di giurisdizione graziosa. (1) Anche in Belgio secondo il Dubois, (2) così la competenza dei Tribunali come l'applicazione della legge belga sarebbero fatte dipendere dal domicilio dei coniugi; ma dalla giurisprudenza più recente risulterebbe invece che a costituire la competenza belga basta si tratti di stranieri domiciliati o residenti, ma che tanto alle cause del divorzio come pure alle condizioni sotto le quali può convertirsi una separazione in divorzio, debba applicarsi, nei limiti consentiti dall'ordine pubblico, la legge personale. (3) Anche in Francia nei casi in cui si ammette la competenza dei magistrati locali si arriva alla medesima soluzione (4).

Lo stesso principio è ammesso dalla Commissione legislativa per la revisione del Codice Civile Belga come risultante dagli articoli 4 e 14 del Progetto di revisione. (5) Nello stesso senso afferma il Suliotis che si è pronunziata la giurisprudenza rumena. (6)

554. — In Svizzera invece si ammette la dichiarazione di divorzio fra stranieri solo nel caso (7) che lo Stato a cui appartengono sia per riconoscere la sentenza; ma la disposizione della legge del 1874 che abolisce la separazione come istituto indipendente, è applicabile anche agli stranieri nel senso che i tribunali svizzeri non possono pronunciare fra loro la separazione indeterminata nemmeno nel caso in cui l'articolo 56 vieta loro di pronunciare il divorzio. Era sorto dopo il 1874 il dubbio se la separazione po-

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 306, 7.

(2) Dubois. *Bullettin de Jurisprudence Belge, en matière de Dr. Int. Privé, Revue de Dr. Int.* (vol. VIII) pag. 483.

(3) Tribunale di Liegi, 13 Giugno 1885 Cazye. Cravatzo *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887 pag. 491, 5. Corte d'App. di Bruxelles, 30 Maggio 1885, *Journal* 1887 pag. 214, 5. V. anche Pic. Du Mariage en dr. int. et en législat. comparée. Thèse de doctorat, Larose et Forcel Paris 1886. Quando trattasi di nazionali che si trovino all'estero senza esservi domiciliati, si persiste però anche in Belgio a ritenere che della loro domanda di divorzio non possano giudicare validamente se non i giudici del luogo dove hanno conservato in Belgio il proprio domicilio.

(4) Corte di Lione 23 Febb. 1887 Fritsch c. Fritsch *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887 pag. 469-473.

(5) *Revue de Dr. Int.* 1886, pag. 449, 494, 500.

(6) De la condition des étrangers en Roumanie. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 560.

(7) Art. 56 delle legge federale del 1874.

tesse essere specialmente domandata e conseguita indeterminatamente o per un tempo determinato secondo le disposizioni delle leggi cantonali. La legge ginevrina del 1876 lo aveva risolto in senso affermativo concedendo agli stranieri di domandare la separazione illimitata secondo la legge del loro paese d'origine, ma il Tribunale federale giudicò il 18 Ottobre 1878 che gli articoli delle leggi ginevrine conservanti agli stranieri l'azione per separazione è in conflitto colla legge federale « il cui rispetto non può patire eccezioni nel territorio della Confederazione ». (1) Sicchè gli stranieri cui dalla legge patria sia vietato il divorzio non possono ottenere in Svizzera nè il divorzio, nè la separazione; quelli cui la legge patria conceda e l'uno e l'altra non possono in Svizzera domandare e conseguire se non il primo; nè possono ottenervelo quelli appartenenti ad un paese che, secondo la dottrina prevalente in Francia, credono connettersi colla legge da applicarsi la competenza del giudice. Così il Ministro degli Esteri della Serbia rispondendo ad un'indagine pervenuta dalla Svizzera, partecipò che i Tribunali serbi non potevano riconoscere a quelli stranieri competenza a conoscere di azioni di divorzio intentate da sudditi serbi, nè per conseguenza dichiarare esecutorie le sentenze di divorzio rese fra sudditi serbi nel territorio di un altro Stato. (2)

555. — Mentre la maggior parte degli Stati che riconoscono il divorzio ritengono, colla sola parziale eccezione della Svizzera, territoriale la legge che lo permette così da applicarla agli stranieri non meno che ai nazionali, quelli che vietano il divorzio ritengono personale la propria legge proibitiva così da ritenerla obbligatoria per i propri sudditi anche all'estero, e da non riconoscere verun effetto giuridico agli atti da loro compiuti fuori del territorio contrariamente alle sue disposizioni. Tale è la dottrina prevalente in Italia, in Spagna, ed in Portogallo; in Austria per i coniugi austriaci cattolici ed applicata in Francia prima del ristabilimento del divorzio anche per ciò riguarda la legge da applicarsi oltrechè la competenza del giudice. L'italiano od il francese divorziato in Inghilterra od in America resterà pertanto legato dal

(1) Alfred Martin, *Jurisprudence Suisse:* De la séparation de corps, *Revue*, vol. XIII, p. 598-611 e vol. XII, D'Orelli, p. 621 e segg.
(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 254.

primo matrimonio di fronte alla legge del suo paese, ed il suo secondo matrimonio contratto all'estero non potrà produrvi altro effetto se non quello di un reato di bigamia. In Francia si presentò un caso di tal genere anche poco prima dell'abrogazione della legge del 1816. Un certo Perinaud francese emigrato a Nuova Orleans, strinse amicizia colà con una signora Vesque pure francese e maritata con un tale Edetvallée. Per sposare il Perinaud, essa domandò ed ottenne a Nuova Orleans il divorzio dal marito che era restato in Francia e poi sposò il Perinaud davanti un giudice di pace. La loro condizione in America non poteva essere più regolare; ma non era la stessa cosa in Francia. Dopo aver fatto, come suol dirsi, fortuna, i coniugi Perinaud vollero tornare in patria, ma non appena arrivati, il primo marito della Signora Perinaud minacciò un processo, presentò un'accusa di adulterio e costrinse i coniugi Perinaud a ritornare in America. Poichè furono naturalizzati americani, essi ritornarono nuovamente in Francia e non ebbero più molestie dal primo marito, ma venuti fra loro in discordia, ed avendo la moglie abbandonato anche il secondo, questo domandò la dichiarazione di nullità del suo matrimonio; ed il Tribunale Civile della Senna ne accolse pienamente la domanda. (1) Di questi casi molti potrebbero citarsene nella giurisprudenza di tutti i paesi che non ammettono il divorzio; questo, ottenuto altrove, vi è considerato come non avvenuto; il secondo matrimonio vi equivale ad un adulterio; la seconda prole vi è considerata come adulterina. Anzi la sentenza straniera di divorzio fu sempre considerata così radicalmente nulla in Francia, che essendovisi domandata nel 1880 la dichiarazione di esecutorietà di una sentenza della Corte di San Francisco di California che aveva pronunziato il divorzio fra due francesi, chiedendosi di marenderla esecutoria come sentenza di separazione personale, il magistrato francese respinse la domanda perchè « il divorzio non essendo ammesso in Francia e lo statuto personale dei Francesi essendo estraterritoriale, ogni sentenza straniera che pronuncia fra loro il divorzio deve essere in Francia priva di qualsiasi effetto così diretto come indiretto ». (2)

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883 pag. 160, 1.

(2) Rénault, *Examen doctrinal de Dr. Int. nella Revue Critique*, 1883, pag. 705-739.

Nemmeno dopo la reintegrazione del divorzio in Francia la giurisprudenza di quel paese accenna a mutare; al riconoscimento del divorzio pronunciato all'estero fra francesi, si oppone secondo la legge francese l'incompetenza dei tribunali a pronunciarsi in questioni di stato fra stranieri; incompetenza che si applica così ai tribunali stranieri per quanto riguarda i francesi, come ai tribunali francesi per gli stranieri. Il Senatore Bozérian aveva proposto un emendamento alla legge sulla procedura del divorzio. autorizzante gli stranieri domiciliati in Francia a rivolgersi ai tribunali francesi « per far pronunciare il divorzio quando questo è autorizzato dalle leggi del loro paese; » ma poi lo ritirò nell'affidamento che la revisione del Codice di Procedura Civile avrebbe contenuto un articolo così concepito: « Lo straniero può nelle stesse condizioni del francese salva l'applicazione dell'articolo 26 del Codice Civile (cauzione judicatum solvi) citare davanti i tribunali francesi un francese od uno straniero ». Non mi pare a dir vero che questa disposizione sia tale da rendere superflua l'altra: questa soltanto farebbe sì che la Francia applicasse con coerenza a tutta la materia del divorzio il principio della nazionalità; il francese non potrebbe ottenere il divorzio all'estero se non nei limiti della legge francese, lo straniero lo otterrebbe in Francia secondo quelli della sua legge. Finchè quella disposizione non sia accolta, i limiti del diritto francese saranno applicabili come d'ordine pubblico allo straniero che domanda il divorzio, e finchè l'altra modificazione del Codice di Procedura Civile non entri in vigore i divorzii ottenuti dai francesi all'estero continueranno ad essere nulli, non foss'altro per incompetenza del Tribunale che li ha pronunciati. I coniugi stranieri domiciliati in Francia coll'autorizzazione governativa contemplata dal Codice Civile ed ammessi al godimento dei diritti civili potranno ottenervi il divorzio a termini della legge francese anche se quello non sarà ammesso del tutto dalla loro legge nazionale. I coniugi stranieri non ammessi dal governo al domicilio non potranno ottenervelo del tutto nemmeno se la loro legge nazionale lo consente. (1) Per quanto

(1) V. sulla tendenza attuale nel senso della proposta del Bozérian. il motivato della sentenza colla quale il Trib. Civ. della Senna li 18 Luglio 1886. — Zamoiska c. Zamoiski — Revue Critique 1876, pag. 682-4. Si rifiutò a giudicare della domanda di divorzio fra sudditi austriaci cattolici perchè o concedendo il divorzio si sarebbe violata la legge personale, o negandolo

riguarda questi ultimi, i tribunali francesi saranno soltanto, come furono sempre, competenti per conoscere dei fatti punibili che potrebbero dar luogo al divorzio come per esempio dell'adulterio, ma da questi fatti e dalla pena applicata secondo la legge francese non potranno dedurre le conseguenze civili che secondo questa potrebbero derivarne. Riassumendo, anche dopo l'introduzione del divorzio in Francia, i divorzi pronunciati all'estero fra francesi continuano a non avervi valore per causa dell'incompetenza del magistrato straniero secondo la legge francese; e nel tempo stesso, anche prima che la competenza dei tribunali francesi venga modificata, vi sono casi nei quali può pronunciarsi il divorzio in Francia a termini della legge francese fra stranieri cui il divorzio sia vietato dalla legge del paese cui appartengono. Da tale differenza di leggi e di criteri di diritto internazionale fra gli Stati che ammettono e quelli che non ammettono il divorzio, fra quelli che ritengono territoriale la legge che lo permette e quelli che ritengono personale quella che lo proibisce, sorge fra gli uni e gli altri una serie di conflitti insolubili senza un accordo internazionale; conflitti cui danno minori occasioni, fra gli Stati che ammettono il divorzio, la Svizzera e la Francia, e più frequenti gli altri. Ai sudditi degli Stati che vogliono indissolubile il matrimonio riesce materialmente possibile di scioglierlo, dove è ammesso il divorzio e di rimaritarvisi; ma riesce loro giuridicamente impossibile di far riconoscere la validità di quei loro atti nel paese cui appartengono.

556. — Se gli Stati dove il matrimonio è considerato indissolubile ammettessero rispetto agli stranieri che trovansi nel loro territorio quello stesso principio che sanciscono per i proprii cittadini che trovansi all'estero, non sarebbe difficile nei rapporti in-

in nome di questa si sarebbe violato « il principio essenziale del diritto pubblico francese che consacra l'eguaglianza degli individui davanti alla giustizia senza considerazioni di religione ». Nello stesso senso della competenza del magistrato francese e della personalità della legge si pronunciò il medesimo tribunale il 20 Dicembre 1886. — Pfeiffer c. Pfeiffer *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886. pag. 710. — Senonchè in questo caso ad uno degli argomenti del tribunale per dimostrare la propria competenza, quello cioè della nazionalità francese della moglie prima del matrimonio, non può attribuirsi verun valore. V. anche sul modo ed il tempo di presentazione dell'eccezione di incompetenza, Corte di Parigi 5 Agosto 1886, De Fontenailles c. De Fontenailles, *Journal* 1886. pag. 584, 5.

ternazionali l'accordo che eliminasse ogni conflitto; e potrebbe forse ottenersi che gli Stati ammettenti il divorzio rispettassero negli stranieri il divieto della legge patria nella garanzìa che sarebbe pur rispettata nei loro cittadini all'estero la facoltà concessa dalla loro legge. Ma ciò non è: gli Stati aderenti alla indissolubilità del matrimonio, mentre considerano la propria legge personale rispetto agli atti compiuti dai nazionali in altro territorio, la considerano territoriale nei riguardi degli atti che gli stranieri vogliano compiere nel territorio loro, ed impongono a questi al di qua delle proprie frontiere l'osservanza della propria legge nel tempo stesso che non riconoscono l'applicazione della legge d'un altro Stato nel territorio di questo ai proprii cittadini che vi risiedono. Così avviene che al conflitto d'ordine positivo che si manifesta coi divorzii ottenuti dai sudditi dei paesi dove il matrimonio è indissolubile in paesi di legge diversa, corrisponda un conflitto d'ordine negativo derivante dall'impossibilità in cui si trovano i sudditi di questi ultimi Stati di ottenere nei primi il divorzio consentito dalla loro legge nazionale.

In Francia la questione venne risolta in questo senso da una sentenza della Corte di Cassazione relativa al secondo matrimonio di una divorziata. Fra i motivi di quella sentenza è detto « non essere permesso ai tribunali di ordinare o di sanzionare divorzii che gli ufficiali dello Stato Civile non potrebbero pronunciare »; e prima il consigliere relatore aveva affermato che non può ritenersi lecito agli stranieri maritati sotto l'impero di una legge che permetta il divorzio di domandarlo in Francia. Le autorità che si possono citare dalla giurisprudenza francese in favore della opposta soluzione, non sono sentenze, ma soltanto opinioni di singoli magistrati per quanto autorevoli. Il Troplong in una requisitoria pronunciata alla Corte di Nancy nella sua qualità di avvocato generale, sostenne che una donna inglese avrebbe potuto domandare ad un tribunale francese, data la competenza di questo, di pronunciare lo scioglimento del suo matrimonio; ed il Merlin esprime una opinione analoga, dicendo che, se sotto l'antico regime due coniugi polacchi fossero andati a stabilirsi a Parigi sarebbe stato loro possibile di divorziarvisi secondo la legge di Polonia; al che il Laurent aggiunge che se i tribunali francesi giudicavano così in un periodo di tempo durante il quale il divorzio era considerato come proibito dalla legge divina, a più forte ragione dovrebbero pronunciarsi nello

stesso senso sotto l'impero di una legislazione secolarizzata che, seppure ha abolito il divorzio, ha inteso di abolirlo soltanto fra nazionali e non anche fra stranieri. (1) Ma tali opinioni non trovarono seguito nella giurisprudenza e, questa, anche prescindendo dalla questione della incompetenza, restò fissata, finchè durò in Francia il divieto del divorzio, nel senso della inamissibilità delle domande di divorzio fatte da coniugi stranieri conformemente alla loro legge nazionale.

La stessa soluzione pare imposta in Italia dall'articolo 12 del Titolo Preliminare e dagli articoli 56 e 148 del Codice Civile, e nessun dubbio se ne sollevò nè nella giurisprudenza nè nella dottrina fino a questi ultimi tempi; anzi il Tribunale di Ancona ebbe occasione di riconoscerla esplicitamente con una propria sentenza del 23 Marzo 1882. (2) Il Console Germanico di Ancona, Carlo Ermanno von Bremen, originario del Granducato di Oldemburgo, ed unito in matrimonio fin dal 1870 colla italiana Giulia Salvini, venne abbandonato nel 1876 dalla moglie che, recatasi in America e naturalizzatasi nel Michigan, vi ottenne una sentenza di divorzio e vi sposava nel 1879 un altro tedesco originario del Granducato di Baden di nome Kopp. Il Bremen si rivolse nel 1880 al Tribunale di Ancona domandandovi alla sua volta il divorzio e, soltanto in via subordinata, la separazione. Il Tribunale d'Ancona risolse affermativamente la questione della competenza della magistratura italiana, giudicando che basti a provarlo il fatto che lo straniero è ammesso in Italia al godimento dei diritti civili attribuiti ai cittadini; ma rispose negativamente alla domanda principale, perchè pur dovendosi applicare agli stranieri le loro leggi nazionali, il rispetto dovuto alla sovranità ed all'autonomia dello Stato impedisce di applicarle quando quelle disposizioni sono contrarie alle leggi proibitive della nazione presso la quale l'applicazione ne è domandata. « Uno dei caratteri essenziali del matrimonio è la sua indissolubilità; sicchè il divorzio dev'essere considerato come contrario ai principii di ordine pubblico vigente in Italia ».

557. — Ma in seguito a ricorso del von Bremen, la Corte d'Appello di Ancona emise una sentenza che è del tutto contraria

(1) Dalloz, 1860, I, 61. — Merlin Rep. v. Divorce, Sez. IV, § X. — Laurent, op. cit., vol. V, pag. 274-6.

(2) Fiore, *Revue de la Jurisprudence Italienne*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 551-3.

a quella del tribunale di prima istanza e che per la sua singolarità levò molto rumore nel campo dei giureconsulti. S'era tanto disputato intorno al diritto dello straniero divorziato nel proprio paese di rimaritarsi in Italia; fra il Fiore che lo affermava e l'Esperson che lo negava, il Laurent stesso aveva così pienamente riconosciuto che a termini del Codice italiano il secondo aveva ragione, che il vedere da un momento all'altro una Corte italiana indursi a pronunciare il divorzio fra due stranieri non poteva non destare un profondo stupore. E tale fu appunto il responso della Corte d'Ancona davanti alla quale anche la Salvini rimaritata e residente col secondo marito a Catania, aderiva alle domande dell'appellante; la Corte accoglieva il ricorso di entrambi appoggiandosi ai seguenti motivi: « La disposizione dell'articolo 102 del Codice Civile non riferendosi se non agli impedimenti menzionati negli articoli 55-60, (1) non impedisce agli stranieri di divorziare in Italia; l'articolo 148, secondo il quale il matrimonio non si scioglie se non colla morte di uno dei coniugi, non si riferisce che ai soli cittadini: nell'istituto del divorzio pur ammesso da molti Stati civili, non si è rinvenuta deroga alcuna alle leggi d'ordine pubblico interno o di buon costume, anzi in non pochi casi e specialmente là dove il divorzio si considera dal lato della moralità esso serve a comporre funesti dissidii di scandalo come si verifica nella fattispecie; se la legge estera del divorzio derogasse alle leggi proibitive nazionali riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume il Codice Civile non autorizzerebbe implicitamente l'ufficiale dello Stato Civile del Regno a celebrare il matrimonio dei divorziati stranieri; (2) non può far eccezione alla concessione del divorzio l'articolo 12 del Titolo Preliminare; già fin dall'apparire dell'articolo suddetto fu provvidamente avvertito non doversi esso prendere seccamente alla lettera, imperocchè la dizione irrefrenata di forma avrebbe potuto sacrificarvi tutta la sostanza del diritto privato internazionale tracciato a larghi ed indelebili tratti dal Codice; in ogni caso quell'articolo deve applicarsi in via di eccezione e ristrettamente. Ora fondendo l'articolo 148 coll'articolo 103 non può non dedursi la rigorosa conseguenza di essersi sottomano introdotto il riconoscimento del divorzio per gli

(1) Art. 102, al. 2: « anche lo straniero è soggetto agli impedimenti stabiliti nella sez. 2ª, capo I, di questo titolo ».

(2) Art. 103, Codice Civile.

stranieri, mentre era patentemente interdetto dalla concessione dell'articolo 12; in assurdi somiglianti ed irreconciliabili cascherebbe chi v'infiltrasse un divieto che specificatamente non si rinviene punto nel testo.

Tale sentenza pronunciata nell'accordo delle parti e sopra conclusioni conformi del pubblico ministero, divenne definitiva e si ebbe così da un giorno all'altro in Italia uno dei più radicali mutamenti di giurisprudenza, mutamento però di importanza molto relativa inquantochè è assai dubbio se altri magistrati italiani vorranno indursi ad imitare l'esempio dato dalla Corte di Ancona. Questa infatti sollevò in Italia più critiche che approvazioni. (1)

Il Fusinato (2) dimostra insostenibile il giudicato della Corte di Ancona; assurdo ritenere personale la prescrizione che ammette o nega il divorzio sotto l'impero di un codice che di tutte le proprie norme relative all'età, al consenso, alla parentela dei coniugi fa altrettante prescrizioni di assoluta applicazione territoriale; non dovere il giudice ispirarsi nell'applicare le disposizioni di leggi emanate come norme di ordine pubblico se non alla definizione datane dal legistatore; essere sostanzialmente diverso il caso nel quale si ammette a maritarsi in Italia uno straniero divorziato nel suo paese da quello in cui lo si ammettesse a divorziare nel nostro, poichè nel primo caso si tratta di riconoscere secondo le norme della nostra legge (3) il suo stato e la sua capacità come risultano dal suo diritto nazionale, nel secondo invece trattasi di modificare tale stato nel nostro paese sia pure conformemente alla sua legge, ma contrariamente alla nostra.

558. — Nessuno vorrà negare che la sentenza d'Ancona, come applicazione giudiziaria della legge italiana in territorio italiano, debba essere condannata e non possa trovare imitatori; per com-

(1) In favore F. Ricci e C. Lozzi nella Racc. di Giurisprudenza Italiana v. 36, 2, 247; contrarii Filomusi Guelfi, Foro Italiano. IX, 574. Gianzana, Straniero vol. I, parte 2°, n° 216. Bolaffio. Temi Veneta IX, n° 47 e Fusinato Guido. *Questioni di Diritto Internazionale Privato*, Torino. Unione. 1884. Il F. tratta con molta diffusione e con molta dottrina la questione della competenza: e dimostra egregiamente che, applicando la legge personale dei coniugi, non poteva ammettersi il divorzio per causa di abbandono, sicchè il magistrato italiano credendo di applicare la legge tedesca, pronunciò un divorzio che appunto in Germania non sarebbe stato pronunciato.

(2) L. c., pagg. 47 e segg.

(3) Art. 6, Tit. Prel.

binare ed, a così dire, rimescolare che si voglia gli articoli del Codice, non si potrà indurre il legislatore a dire quello che non ha detto od imporre e permettere ciò che non ha voluto permettere od imporre; e parmi del resto che sia una verità non mai abbastanza ripetuta quella che il giudice non debba mai sostituirsi al legislatore togliendo così tutta la certezza, la stabilità e la indicazione stessa sicura di riforme che risulta dalla fedele interpretazione ed applicazione della legge.

Ma se dal campo dell'applicazione delle dottrine di diritto internazionale privato accolte nelle singole leggi, mi volgo a considerare mercè quali accordi si possa raggiungere veramente l'armonia nel regolamento internazionale di tale specie di rapporti, non so pensare ad altri mezzi all'infuori di due specie di transazione delle quali quella informante la sentenza di Ancona sarebbe forse la più logica e la più opportuna. Vogliamo negare agli stranieri, cui riconosciamo l'esercizio dei diritti civili, di chiedere nel nostro territorio il divorzio che la loro legge permette? Neghiamo pur loro tale facoltà; ma nel tempo stesso riconosciamo i divorzi pronunciati nel loro paese fra nostri concittadini conformemente alla legge territoriale. Vogliamo invece che la nostra legge sullo stato e sulla capacità delle persone accompagni all'estero dovunque i nostri concittadini, non teoricamente con una massima scritta nel nostro Codice, ma effettivamente così che, quanto la nostra legge li abilita a fare, possano fare dovunque e che di quanto la legge nostra li dichiara incapaci restino incapaci dovunque? Non abbiamo che un solo mezzo per raggiungere tale scopo: quello di accogliere alle stesse condizioni anche gli stranieri appartenenti agli Stati civili nel nostro territorio, lasciandoveli esplicare la propria attività giuridica nei limiti consentiti dalla loro legge nazionale.

E fra questi due mezzi non v'ha dubbio che sarebbe preferibile il secondo: trattasi di regole che riguardano specialmente le persone ed il loro stato; tali regole si riferiscono all'assetto della società considerata come un'accolta di persone piuttostochè come una superficie di territorio abitato; sono infine norme che si collegano con tutto quel complesso di sanzioni d'ordine religioso e morale che formano a dir così il carattere psicologico di una società, e rispetto alle quali ogni prescrizione particolare può considerarsi come un corollario di certe premesse rispettivamente relative a società determinate, e che non potrebbero in-

vocarsi a giustificarla quando si volesse applicarla agli stranieri. Perciò sarebbe più logico che l'accordo avvenisse sulla base della personalità piuttostochè su quello della territorialità. È vero che l'ordine e l'assetto delle famiglie interessa l'ordine della società, ma vi è più interessata la società cui le famiglie politicamente appartengono che non quelle nel cui territorio si trovano; costituisce un' offesa all'ordine pubblico l'esistenza di una famiglia non divorziabile costretta in omaggio alla sua legge nazionale, a vivere di adulteri dove il divorzio è permesso o quando si assista in uno Stato che ritiene il matrimonio indissolubile al divorzio di due coniugi che possono farlo secondo la propria legge; ma siccome l' ordine è turbato piuttostochè dal vedere una cosa contraria alle leggi, dal subirne le conseguenze, esso dovrà ritenersi molto più gravemente offeso quando una famiglia appartenente ad uno Stato possa vivere e modificarsi all'estero così contrariamente alle leggi di quello per ritornarvi più tardi con una costituzione che secondo la legge che vi vige è difettosa, con una prole di legittimità dubbia ed in ogni modo educata fra quelli che la legge del loro paese ritiene mali esempi. Non è dunque più utile e più opportuno che la transazione avvenga sulla base della personalità piuttostochè su quella della territorialità? In tal guisa il presidio che le leggi di uno Stato ricevono dalla garanzia che i cittadini non possano violarle all'estero, non le compensa ad esuberanza di quell'offesa (se pur offesa può dirsi rettamente) che deriva dalla loro non osservanza nei limiti del territorio da parte di quelli stranieri per i quali non sono fatte? Ed al disopra dell'ordine pubblico quale lo intendono le leggi dei singoli Stati, e quale, nelle varie concezioni e pretese di queste, è impossibile si realizzi uniformemente ed efficacemente nel campo dei rapporti internazionali, non v'è l'ordine pubblico internazionale che esige il riconoscimento universale dei diritti e l'uniforme regolamento dei rapporti giuridici con limiti di territorio precisi, e con sfere d'operazione effettive ben determinate e sicure?

559. — Al conseguimento di un tale scopo si oppone la pretesa di chi, portando nel campo del diritto internazionale apprezzamenti relativi alla bontà intrinseca delle leggi e delle istituzioni che vi sono del tutto estranei, attribuiscono come dissi, alle leggi particolari dei varii Stati relative al divorzio una diversità d'indole cui non corrisponde la realtà delle cose. Secondo il giudizio di quelli la sola

legge che proibisce il divorzio è una legge personale che tutela nel tempo stesso l'ordine della società e perciò deve ad un tempo seguire i cittadini all'estero ed obbligare gli stranieri nel territorio; la legge che ammette il divorzio non è altro che un atto negativo della legge che non si oppone alla libera esplicazione dell'attività giuridica personale dell'individuo e perciò le manca il carattere di legge applicabile anche agli stranieri, ed accompagna i nazionali all'estero solo in quanto non vi si opponga la legge del paese dove essi risiedono. Ora è appunto tale concetto differenziale delle due leggi che è sostanzialmente falso; e l'una specie e l'altra di disposizioni hanno l'intento di regolare l'ordine della famiglia e della società e come tali presentano le stesse caratteristiche di leggi personali e le stesse caratteristiche di leggi d'ordine pubblico. La legge che ammette il divorzio intende provvedere all'ordine pubblico non meno di quella che lo proibisce: soltanto è diversa la via che le par preferibile per raggiungere un tale scopo; una legge proibisce del tutto il divorzio; un'altra lo ammette per adulterio, un'altra anche per mutuo consenso; i mezzi del legislatore sono diversi, ma l'intento è sempre quel medesimo; avrà errato ma non ispetta al diritto internazionale discuterne e rilevarne l'errore; esso deve limitarsi a coordinare l'azione territoriale delle leggi accogliendo queste col carattere che fu loro attribuito dai legislatori rispettivi; alcuni di questi negano perfino riconoscimento alla separazione indeterminata ritenendo dannosa l'esistenza di famiglie nominali, il cui vincolo si riduce a non essere se non puramente negativo; prova evidente che la sollecitudine del legislatore nell'ammettere così assolutamente il divorzio è quella di tutelare la famiglia e la società non meno che non creda di fare il legislatore che ammette la sola separazione; i modi sono diversi; l'uno, a dir così, chirurgico e radicale, l'altro medico e palliativo, ma l'indole del pensiero che li ispira, ed il carattere che li informa, presenta una perfetta identità.

Perciò nel dominio del diritto internazionale nessuna graduazione gerarchica è possibile fra la legge che ammette il divorzio e quella che lo proibisce; entrambe regolano la capacità delle persone: entrambe interessano nello stesso grado l'ordine della società; come tali nello stato attuale dei rapporti internazionali esse presentano troppo sovente fra loro conflitti insolubili; per impe-

dirli è necessaria una transazione fra gli Stati sulla base della territorialità o su quella della personalità universalmente riconosciute; in tale accordo la misura di adattamento alla transazione ed il conseguente beneficio di garanzia e di sicurezza sarebbe eguale da entrambe le parti, poichè entrambe le specie di leggi presentano nel medesimo grado l'identico carattere di norme personali interessanti l'ordine pubblico dello Stato.

560. — Una questione che a differenza di quella antecedente, diventa disputabile anche nello stato attuale dei rapporti internazionali, è se in un paese che non ammetta il divorzio, gli stranieri divorziati validamente nel proprio paese possano domandare il riconoscimento e l'esecutorietà della sentenza che abbia sciolto il loro matrimonio. Tale questione era stata risolta affermativamente in Francia prima dell'introduzione del divorzio, ammettendovisi la massima che i giudici francesi non possano fare indirettamente, a proposito di esecuzione, ciò che non può farsi direttamente occupandosi del fondo della controversia, e che debbano perciò limitarsi a vedere se la sentenza fu regolarmente pronunciata. (1) Su questa massima il Tribunale e la Corte di Bordeaux si appoggiarono nel giudicare della domanda di una signora Travot svizzera che voleva far valere il proprio privilegio per il pagamento di una pensione alimentaria dovutale dal marito dopo la separazione avvenuta in Francia dove erano domiciliati; quei magistrati respinsero tale domanda presentata dopo che a Ginevra era stato pronunciato il divorzio, perchè « quella pensione cessava di essere dovuta dal giorno in cui il divorzio dei due coniugi stranieri fu pronunciato dalla autorità straniera competente ». (2) L'esecutorietà della sentenza straniera di divorzio fu dichiarata superflua rispetto alle conseguenze del divorzio anche fra due stranieri, dei quali uno, la moglie, era stato originariamente francese. Una francese che aveva sposato un belga nel 1878 fu divorziata da lui dall'ufficiale dello Stato Civile di Chimay il 7 febbraio 1883 in seguito a sentenza del 12 Agosto 1882 dal tribunale civile di Charleroi, e volle operare il trasferimento sulle obbligazioni da lei possedute della ferrovia di Orleans. La compagnia vi si rifiutò

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 620-5. Trib. Civile della Senna, Negrao c. Negrao.

(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 629-30.

adducendo il motivo che il divorzio non era ammesso in Francia e che in ogni modo la sentenza belga non vi era stata dichiarata esecutoria. Entrambe le obbiezioni furono eliminate dal Tribunale Civile della Senna il 30 Agosto 1883 uniformandosi alla giurisprudenza allora stabilita in Francia: che malgrado l'abolizione del divorzio debbansi riconoscere gli effetti di quelli pronunciati all'estero fra non francesi. In tal caso la moglie, originariamente francese, era divenuta straniera per effetto del matrimonio; è vero che i coniugi avevano inserita nel contratto una clausola secondo la quale « ils entendaient se soumettre, tant pour la reglementation de leur union et de ses suites que pour le présent contrat, à la loi française et aux tribunaux français qui seront seuls compétents pour toutes les questions rélatives aux dits mariage et contrat » ma tale clausola non poteva modificare le conseguenze legali del matrimonio di una donna che, divenuta per effetto di quello straniera, trovavasi nella legale impossibilità di riservarsi il suo statuto personale antecedente. Il Tribunale escluse poi l'altra obbiezione fondata sulla non ottenuta esecutorietà della sentenza, osservando che questa non *pronuncia* il divorzio, ma autorizza l'ufficiale dello Stato Civile a pronunciarlo; (1) che perciò la divorziata invocava non già una sentenza, ma un atto dello Stato Civile, constatante le sue qualità personali, rispetto alle quali la giurisprudenza francese ammise spesso che siano di pieno diritto applicabili in Francia come sarebbe applicabile la legge in virtù della quale esse furono determinate. (2) Queste sentenze però non contemplano il caso in cui l'esecutorietà della sentenza straniera di divorzio implichi la distruzione dell'atto stesso del matrimonio celebrato ed esistente in un paese dove il matrimonio è considerato indissolubile.

La giurisprudenza italiana ammise recentemente l'esecutorietà nel regno delle sentenze di divorzio pronunciate all'estero fra stranieri, in condizioni che parvero dare argomento a taluno di pa-

(1) Art. 264, C. Napoleone.

(2) Renault, nella *Revue Critique*, 1884, pag. 709-711, e nel *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 712-3: riconosciuta la superfluità della domanda di esecutorietà anche quando presentata da una divorziata straniera ch'era francese d'origine e che fu sposata in Francia. V. per l'esecutorietà: *Journal de Dr Int. Privé*, 1887: Chronique de Dr. Int. Affaire Campos, Mielvaque, pag. 458-464.

ragonarne il responso a quello della Corte d'Ancona nella causa von Bremen. Una italiana di nome Maria Beccadelli dei principi di Camporeale aveva sposato a Milano il 12 Agosto 1867 il conte Carlo Federico Donhoff di Berlino. Allontanatasi poi essa dal marito, questo ottenne contro di lei il 20 Gennaio 1883 dal Tribunale Civile di Berlino il mandato di riattivare la convivenza coniugale, mandato che le venne notificato in Roma il 31 Gennaio dello stesso anno; in seguito al rifiuto di lei il tribunale di Berlino desistette (1) dal tentativo di conciliazione ed il marito si rivolse alla Corte Suprema di Berlino per far dichiarare sciolto per colpa della moglie il matrimonio. Poichè la Corte Suprema ebbe dichiarato il divorzio in seguito a conclusioni conformi dalle parti il 13 Maggio 1883, la divorziata volendo che quella sentenza fosse dichiarata esecutoria nel Regno d'Italia, rivolse istanza a tale scopo alla Corte d'Appello di Roma, la quale dovette pertanto esaminare se una sentenza straniera che pronunciò il divorzio secondo la legge dello Stato cui appartengono i divorzianti, possa essere dichiarata suscettibile d'esecuzione anche in un altro Stato che non ammetta il divorzio senza trovare ostacolo, nella quarta condizione richiesta in Italia per la deliberazione e riflettente l'ordine pubblico ed il diritto pubblico del regno. La Corte considerò anzitutto che i coniugi erano entrambi prussiani al momento del loro divorzio, poichè tanto secondo il diritto italiano, (2) quanto secondo quello prussiano (3) la signora Beccadelli era divenuta prussiana per effetto del suo matrimonio. La legge esclusivamente regolatrice di quest'ultimo era dunque quella prussiana e non quella del paese dove il matrimonio era stato accidentalmente celebrato, sicchè il magistrato prussiano doveva ritenersi competente ed autorizzato ad applicare al caso concreto il diritto del suo paese.

Restava il dubbio se tale sentenza, per quanto valida nel paese e rispetto alle persone fra le quali fu pronunciata, potesse ricevere esecuzione in Italia. Si può dubitarne considerando che il matrimonio è d'ordine pubblico; che osta all'esecuzione di quella sentenza l'articolo 12 del Titolo preliminare del nostro Codice; che

(1) Codice di Procedura Civile Germ., art. 573.

(2) Art. 14, Codice Civile.

(3) Legge pruss. del 31 Dicembre 1842, § 10 e Legge feder. germanica sull'acquisto e la perdita della nazionalità federale e particolare del 1 Giugno 1870, § 5.

l'articolo 56 dichiara non poter contrarre nuove nozze chi è ancora vincolato da un matrimonio antecedente e che infine l'articolo 148 stabilisce non potersi sciogliere il matrimonio se non colla morte di uno dei coniugi. « Ma tali obbiezioni, soggiunse la Corte, non hanno fondamento; se fosse vero che tutte le disposizioni concernenti il matrimonio sono di ordine pubblico, la questione sarebbe finita; ma l'equivoco sta in ciò che si è scambiato l'*ordine pubblico* coll'*interesse pubblico*: il primo è immutabile e non soffre eccezioni; il secondo può in alcuni casi venir a cessare. Nel regolare il matrimonio esiste sempre l'interesse pubblico, ma il matrimonio in sè non appartiene nè all'ordine pubblico nè al diritto pubblico; esso appartiene essenzialmente al diritto individuale e specialmente alla categoria dei contratti. Le singole disposizioni legislative che lo riguardano possono prescriverne le forme, sanzionare impedimenti fondati sulla stessa legge naturale, imporne altri consigliati dalla pubblica moralità che possono essere d'ordine pubblico; non il matrimonio in se stesso, dopo che si è cessato di considerare il vincolo civile come sacramento della religione il quale indubbiamente apparteneva all'ordine pubblico. Quindi non è esatto il dire che non può darsi esecuzione ad una sentenza straniera che pronuncia il divorzio fra stranieri perchè il matrimonio è d'ordine pubblico; ma occorre dimostrare che le singole disposizioni che si riferiscono al caso in disputa sono d'ordine pubblico. L'obbiezione fondata sull'articolo 12 non vale perchè questo contiene una disposizione generale alla quale derogano successivamente rispetto a questo caso altre disposizioni speciali del Codice. L'articolo 56 vieta di contrarre matrimonio a chi è vincolato da un matrimonio precedente, ma questo articolo non può vietare il divorzio; e qui trattasi di verificare se esista matrimonio antecedente; la disposizione proibitiva dell'articolo 148 non può riguardare gli stranieri contemplati dagli articoli 102 e 103. Il primo di questi sottrae evidentemente il matrimonio degli stranieri alle disposizioni dell'articolo 12, ed aggiunge che anche essi sono soggetti agli impedimenti stabiliti dalla sezione II del capo I del titolo del matrimonio. Ma in quella sezione non si trova l'articolo 148, e che quest'ultimo sia applicabile esclusivamente per i nazionali risulta dall'articolo 103. Dopo la lettura di tale articolo non è più possibile porre in dubbio che il legislatore italiano abbia riconosciuto l'attitudine del divorzio pronunciato fra stranieri al-

l'estero di produrre effetti giuridici nel regno. Quella sentenza straniera non è dunque contraria all'ordine pubblico ed al nostro diritto pubblico, essendo conforme ai principii di diritto internazionale ammessi dal nostro legislatore; perciò l'esecuzione ne deve essere ammessa ». (1) Alla stessa conclusione venne la Corte d'Appello di Milano il 29 Novembre 1887 (2) sulla domanda presentata da una donna originariamente italiana e sposata ad un greco, perchè fosse data forza esecutiva in Italia ad una sentenza greca di divorzio. Senonchè questo caso differiva da quello prima accennato per ciò che mentre nel primo trattavasi dello scioglimento di un matrimonio celebrato in Italia, nel secondo trattavasi di un matrimonio che era stato celebrato all'estero. Il Corsi nel riferire la prima sentenza, che dice conforme a quella d'Ancona, (3) la loda senza riserva come aveva lodata quest'ultima, affermando concorde con lui anche la direzione del periodico nel quale le sue osservazioni erano inserite. (4)

561. — Il Dialti invece discorrendone nello stesso periodico, (5) fa una parziale riserva rispetto alla quale non saprei andare del tutto d'accordo con lui. Egli ammette che se una legge di Stato straniero autorizza lo scioglimento del matrimonio, l'autorità giudiziaria italiana di fronte a due divorziati appartenenti a quello Stato si trovi davanti ad un contratto già risoluto regolarmente, che non potrebbesi far rivivere da essa per il solo motivo che la nostra legge non ammette tale forma di risoluzione; e ritiene perciò che quella autorità non potrebbe negare esecuzione alla sentenza che abbia disciolto il matrimonio. Ma il dubbio gli sorge nell'animo circa la bontà della decisione romana, considerando che trattavasi di un matrimonio avvenuto nel regno fra una ita-

(1) *Annali di Giurispr. Ital.*, 1885, III, pag. 3-8, Corte d'Appello di Roma. Beccadelli di Camporeale c. Donhoff.

(2) Pantaleoni e Costopulo, *Annali*, 1888, III, pag. 31-3.

(3) Anche negli Annali che riferiscono la seconda sentenza è inesattamente confusa in una nota il carattere di questa con quella della sentenza d'Ancona.

(4) Legge, 1885, I, pag. 91-96 e Saredo, *Trattato di Dr. Civile Italiano*, Firenze 1869, pag. 81.

(5) L. c., pag. 138-143. Dialti. Se una regiudicata pronunciante all'estero il divorzio fra due coniugi, l'uno dei quali italiano, sia eseguibile nel regno. V. anche la comunicazione riassuntiva della sentenza fatta dal Bussolini nel *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 620-5.

liana ed uno straniero. « La legge italiana, egli dice, nella forma dava essere all'unione e regolava la capacità di uno dei contraenti; l'italiana seguiva, maritandosi, la nazione del marito, ma ora, a ben risolvere la questione, è opportuno sapere se la principessa in questione sia italiana o prussiana; ed io non temerei di ritenerla italiana; la sua seconda patria era una conseguenza del matrimonio; sciolto questo, rientrata a domicilio nel Regno, essa non può essere considerata che come cittadina italiana. Bisognerebbe dunque annotare nell'atto di matrimonio di una italiana che essa è libera perchè divorziata ..... E se si dovesse arrivare fino a questo punto la conseguenza sarebbe di riconoscere implicitamente il divorzio, perchè non ci limiteremmo a constatare un fatto legittimo avvenuto in estero Stato, ma dovremmo dare effetto ad una sentenza straniera che pronuncia lo scioglimento di un contratto creato sotto l'impero delle nostre leggi per una causa risolutiva che da queste non è riconosciuta. Se non si dovesse ritenere questo avviso, quando sarebbe applicabile il numero 4, dell'articolo 941 del Codice di Procedura Civile? »

A mio avviso nello stato attuale del diritto nostro e dei rapporti internazionali quell' articolo dovrebbe applicarsi sempre; le disposizioni relative alla indissolubilità del matrimonio sono di ordine pubblico e come tali sono obbligatorie soprattutto per i magistrati incaricati di applicarle; nulla dunque si oppone a che lo straniero, divorziato nel suo paese sia ritenuto libero da ogni vincolo nel Regno; ma quando per constatare questa sua libertà sia necessario un atto della nostra magistratura che distrugge gli effetti d'un altro atto pubblico celebrato nel regno, e secondo il quale esso risultasse legato da un vincolo che secondo il nostro diritto è indissolubile, allora la nostra magistratura deve astenersi da qualsiasi misura autorizzante l'esecuzione. Il numero 4 dell'articolo 941 si riferisce appunto alle sentenze straniere da eseguirsi nel regno e non distingue fra quelle di divorzio e le altre, il valore della frase *ordine pubblico* deve intendersi conformemente al senso che ha nel nostro diritto; sicchè l'articolo 148 del Codice Civile e l'articolo 941 di quello di procedura civile vietano al giudice italiano di concedere l'esecutorietà ad una sentenza straniera di divorzio come l'articolo 148 e l'articolo 12 del titolo preliminare gli vietano di pronunciarla; e ciò dovrebbe valere così per l'uno come per l'altro caso rappresentato dalle sentenze citate.

È ben deplorevole che ciò sia, ma, data la legislazione nostra e l'assenza d'accordi internazionali, non si può giungere a soluzione diversa; se all'incontro tali accordi avvenissero sulla base prima indicata, allora l'esecutorietà risulterebbe tanto più ammissibile dalla facoltà concessa al magistrato di pronunciare divorzii fra stranieri, e gli Stati potrebbero accordarsi per adottare la regola proposta dal De Rossi alla conferenza di Amburgo dell'associazione per la riforma e la codificazione del diritto delle genti: « Le sentenze straniere, che avranno pronunciato un divorzio dovranno essere riconosciute ed ottenere la loro esecuzione ed i loro effetti anche negli Stati la cui legislazione non accordi la facoltà di divorziare, purchè i coniugi siano stranieri e la loro legge personale lo accordi ». (1) Finchè un tale accordo non sia avvenuto io credo bensì che non si possa in Italia indagare l'eventuale stato matrimoniale antecedente di quello straniero che, volendo maritarvisi, vi si presenta come libero da vincoli matrimoniali secondo la legge del proprio paese; credo anche che non si possa ammettere in Italia un divorziato straniero a reclamare verso l'altro divorziato i diritti risultanti da un matrimonio che secondo la sua legge più non esiste; ma dubito altresì che, quando il matrimonio sia stato celebrato in Italia, il magistrato italiano possa ritenersi autorizzato a riconoscerne lo scioglimento per un motivo che la legge da lui applicabile riprova ordinando l'annotazione necessaria a questo scopo negli atti dello Stato Civile. Che se poi si ritenesse in facoltà del magistrato italiano di rendere possibile colla concessione di esecutorietà uno scioglimento, valido anche secondo la legge italiana, di un matrimonio celebrato in Italia, allora la sua facoltà non potrebbe essere punto diminuita dal fatto che la moglie era italiana prima del matrimonio. Infatti essa per effetto di tale unione divenne straniera; finchè non siasi fatta l'annotazione del divorzio avvenuto negli atti dello Stato Civile, essa continua di fronte alla legge italiana, a conservare tale qualità e mancherebbe un motivo per negarle quanto si concede a qualunque altra straniera; se invece il magistrato italiano la considera italiana non può considerarla tale se non come reintegrata nella nazionalità che aveva antecedentemente al matrimonio per effetto del

(1) Report of of the twelfth conference held at Hamburg. 1885, London Clowes, 1886, pag. 135.

divorzio seguìto all'estero; ed in tal caso riconosce così completamente nei suoi effetti la validità e le conseguenze di quella sentenza, che cadrebbe in contraddizione negando nel tempo stesso l'esecutorietà di un giudicato ed appoggiandosi per negarla al riconoscimento d'uno fra i suoi effetti principali. Il motivo di negare l'exequatur è, nello stato attuale del diritto nostro e di quello internazionale, d'ordine ben più generale.

562. — Ma se, nello stato attuale del diritto, il divieto del divorzio è secondo le leggi che lo sanciscono, così territoriale da impedire ai magistrati di pronunciare e di sanzionare il divorzio anche fra stranieri, e così personale da seguire (per quanto riguarda gli effetti nel paese d'origine) il cittadino dovunque esso vada; un caso si presenta però in cui la validità del divorzio ottenuto da due individui all'estero sarà riconosciuta anche nel paese a cui originariamente appartengono: quello cioè di due coniugi che abbiano fatto precedere al divorzio la naturalizzazione nel paese dove vogliono ottenerlo. Il solo effetto della nazionalità originaria che si ritiene indelebile è quello (1) che si riferisce all'obbligo di non portare le armi contro la patria; gli altri si distruggono e si trasformano col mutare della cittadinanza che trasforma lo statuto personale; sicchè in tal caso cesserà di essere nullo nel paese d'origine il divorzio già ottenuto nella patria di adozione, nè vi sarà punibile come atto di bigamia il secondo matrimonio dei divorziati. Non mancano però (2) sentenze le quali dichiarano nullo il matrimonio contratto all'estero da stranieri naturalizzativisi, se la naturalizzazione fu ottenuta col solo scopo di conseguire il divorzio, ritenendola perciò conseguita *in fraudem legis*. In tal caso si ha un conflitto ancora più grave che non i precedenti, poichè uno Stato vede misconosciuto all'estero lo stato delle persone che gli appartengono sia pure per elezione, e vede trattare in loro come atto punibile ciò che secondo la legge del paese cui ormai appartengono è legittimo, e per converso legittimo ciò che secondo questa legge più non esiste. Giova notare però che la tendenza prevalente è contraria a tale misconoscimento degli effetti della naturalizzazione, ammettendosi ormai in generale che non si debbano ricercare i motivi della naturalizzazione compiuta da una famiglia. Quando

(1) Articolo 12, C. C. It.

(2) Bard, l. c., pag. 214, 5.

uno si naturalizza in un paese, è certo infatti che la conservazione della nazionalità originaria gli presentava qualche inconveniente, ed uno Stato non ha diritto di misconoscere la naturalizzazione dei suoi cittadini all'estero se non in quanto si riferisce agli effetti di quella sugli obblighi politici verso di esso e sui reciproci doveri dei coniugi da esso garantiti; ora il primo motivo in tal caso non esiste trattandosi di diritto privato, e non esiste il secondo essendosi entrambi i coniugi naturalizzati in paese straniero. (1) Volendo trascendere col pretesto di punire la frode della legge fino a questa specie di *allegéance* perpetua del matrimonio, si entra in un ordine di conflitti del tutto insolubili, poichè anche gli Stati che per evitarli negano, come la Svizzera, il divorzio agli stranieri che non possono ottenerne il riconoscimento secondo la loro legge nazionale, non fanno, come è ben naturale, veruna riserva per quegli stranieri che hanno acquistata la cittadinanza elvetica.

L'impero austro-ungarico, essendo formato di due parti legislativamente indipendenti, offre un esempio di tal genere di conflitti risolti nel senso del pieno riconoscimento consentito agli effetti della nazionalità acquisita. In seguito alle disposizioni che abbiamo citato del diritto austriaco e del diritto ungherese, non possono divorziare in Austria i coniugi dei quali anche uno solo era cattolico al momento del matrimonio, mentre in Ungheria la domanda del divorzio è vietata soltanto a quel coniuge che sia cattolico al momento della domanda stessa. Avvenne sovente che coniugi cattolici austriaci approfittassero di tale differenza di diritto, ricorrendo alla conversione combinata con mutamento di domicilio o di nazionalità per poter divorziare in Ungheria. Essi ottengono la separazione in Austria, passano alla religione protestante, si trasferiscono o si domiciliano in Ungheria, ed, invocando qui il principio di diritto ecclesiastico protestante contrario alla separazione perpetua, vi ottengono dai tribunali ecclesiastici protestanti lo scioglimento del matrimonio, e vi acquistano la possibilità di rimaritarsi. Nel caso in cui entrambi od uno solo dei coniugi così divorziati e rimaritati in qualsiasi parte dell'impero conservi la nazionalità austriaca, il divorzio è ritenuto non avve-

(1) Vedi per il non riconoscimento: C. di Chambery, 27 Agosto 1877 Dalloz, 1878, II, 184.

nuto ed il secondo matrimonio è nullo in Austria; e secondo una circolare del Ministro dell'interno del 22 Ottobre 1879 è ingiunto ai preti ed agli ufficiali dello Stato Civile di non celebrare il matrimonio quando uno dei fidanzati sia austriaco, ed abbia già contratto un matrimonio che non sia sciolto secondo le leggi austriache. Ma nei casi finora loro sottomessi i tribunali austriaci riconobbero indirettamente che quei divorzi e quei matrimoni, detti Transilvani dalla regione dove siede il tribunale ecclesiastico protestante cui nella massima parte dei casi si ricorre, sono validi se entrambi i coniugi hanno abbandonata la nazionalità austriaca ed acquistata quella ungherese prima di divorziare. (1) Siccome però l'acquisto della naturalizzazione in Transilvania riusciva troppo facile ai coniugi austriaci, venne provveduto a renderla più difficile colla legge ungherese del 20 Dicembre 1879 la quale esige (2) una residenza di cinque anni e l'iscrizione durante lo stesso periodo di tempo nei registri dei contribuenti, per poter acquistare la cittadinanza ungherese. Ma lo stesso articolo che conteneva tali limitazioni, teneva altresì in serbo nel suo ultimo alinea il rimedio per eluderle, ammettendo, nel caso di naturalizzazione di uno straniero adottato da un ungherese, che quelle condizioni non siano necessarie nell'adottato quando si verificano nell'adottante. Poco dopo la promulgazione della legge cominciò a ripetersi il caso di qualche austriaco che si faceva adottare da un ungherese per poter naturalizzarsi in breve tempo in Ungheria ed ottenervi il divorzio. In ogni modo, conseguita con questa maggior difficoltà da parte della legge ungherese dopo il 1879 e con maggiore facilità prima, la naturalizzazione degli austriaci in Ungheria ed il conseguente divorzio e secondo matrimonio, furono riconosciuti o per lo meno tollerati in Austria, dove nel 1879 vivevano, soltanto a Vienna, più di 400 persone rimaritate in simili condizioni.

Il Beauchet (3) cita, a riprova del prevalere di tale dottrina in Austria, la condotta delle autorità in un'altra circostanza nella

(1) Charles Lyon Caen. Étude sur le divorce en Autriche. *Bulletin de la Soc. de Lég. Comp.*, 1882, pag. 80; e Beauchet. Du divorce en Allemagne des époux autrichiens separés de corps, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 271, 2 e n.

(2) § 8, al. 3 e 6.

(3) L. c., pag. 271, n.

quale si trattava di eludere non già l'articolo 62, (1) ma il 63 del Codice Civile. (2) Un austriaco, professore d'università, che aveva un tempo ricevuto gli ordini religiosi, e poi aveva abbandonata la tonaca, non avendo potuto ottenere in Austria dispensa dall'impedimento dell'articolo 63 per contrarre matrimonio, diede le proprie dimissioni, abdicò la nazionalità austriaca ed assunse quella della Germania, dopo aver ottenuta la quale prese moglie. Ritornato tosto in Austria come tedesco, fu riammesso all'Università nella qualità di privato docente senza che nella condotta delle autorità del suo paese nulla indicasse che da quelle si mettesse in dubbio la validità della sua naturalizzazione tedesca ed il riconoscimento delle rispettive conseguenze giuridiche.

563. — Ma nel caso, a questo analogo, dei coniugi divorziati dopo una naturalizzazione all'estero, è diversa la soluzione del diritto austriaco quando uno solo di loro abbia espatriato prima di divorziare; in tal caso trattasi infatti di tutelare non solo le massime vigenti nel territorio austriaco rispetto all'ordine delle famiglie, ma anche i diritti e gli obblighi del coniuge rimasto austriaco; quest'ultimo è retto anche all'estero dalla legge del proprio paese; abbia o non abbia partecipato alla domanda di divorzio, questo nei riguardi di lui rimasto austriaco è come non esistente e per conseguenza non può esser riconosciuto nemmeno rispetto all'altro coniuge che si è naturalizzato altrove, non potendosi ammettere che un rapporto come quello coniugale sia persistente per una delle parti ed estinto per l'altra. (3) E tale parmi la soluzione preferibile tanto per se stessa quanto in relazione a tutti quei diritti positivi che non ammettono esplicitamente e senza riserva il divorzio. Invece da molti si fa distinzione fra la naturalizzazione dell'uno e quella dell'altro coniuge, ed anche il De Rossi

(1) « Nel tempo medesimo l'uomo può essere unito in matrimonio soltanto ad una donna e la donna soltanto ad un uomo. Chi avendo già contratto un matrimonio volesse passare ad un secondo, deve provare legalmente il pieno scioglimento del primo ».

(2) « I chierici, dopo ricevuti gli ordini maggiori, e così pure i religiosi di ambo i sessi, dopo prestati i voti solenni di celibato, non possono contrarre valido matrimonio ».

(3) Sentenze della Corte Suprema del 30 Novembre 1880, del 16 Dicembre 1881 e del 9 Dicembre 1885. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 469-472.

proponeva fra le altre regole alla Conferenza di Amburgo che « la capacità di sciogliere il matrimonio col divorzio debba essere regolata dalla legge nazionale del marito ». (1) Lo stesso Laurent accoglie una tale distinzione ed ammette che non si possa misconoscere il divorzio ottenuto dopo la naturalizzazione del marito, anche quando si debba ritenere ancora legata dal matrimonio la moglie che non ha mutata nazionalità. Il diritto del marito appartenente a paese dove il matrimonio è indissolubile, dice il Laurent, (2) è incontestabile; lo statuto personale dipende dalla nazionalità; questa non fu acquistata *in fraudem legis:* nulla può impedire al marito di domandare il divorzio nel paese d'adozione e di contestarne la validità; e cita due sentenze della magistratura belga che in tal caso si ritenne competente a pronunciare il divorzio sulla domanda del marito. (3)

Tale è pure la soluzione adottata dalla giurisprudenza rumena (4) e preferita dal Rénault (5) criticando una sentenza del tribunale civile della Senna del 7 Gennaio 1885. Trattavasi di una domanda di divorzio presentata fra coniugi maritati in Francia antecedentemente alla legge del divorzio e dei quali la moglie era restata francese mentre il marito s'era naturalizzato italiano. La moglie sostenne che il marito divenuto italiano non poteva più invocare il divorzio concesso dalla legge francese. Il tribunale ammise tale eccezione, affermando che i coniugi malgrado il mutamento di nazionalità di uno di loro, restano nei vincoli civili creati dal matrimonio celebrato in Francia; che la legge francese continuava a reggere l'unione coniugale e che il marito poteva malgrado il suo nuovo statuto personale approfittare del beneficio della legislazione francese relativa al divorzio. Il Rénault invece sostiene che le regole relative al divorzio appartengono allo statuto personale e che bisogna tener conto delle modificazioni subite da tale statuto. « La conception de l'unité de loi devant régir

(1) Report, l. c., pag. 135.

(2) L. c., pag. 341-7.

(3) Asser-Rivier, l. c., pag. 122 n. e Du Bois. Bulletin de Jurispr. Belge nella *Revue de Dr. Int.*, vol. XIII, pag. 52; e E. De Nobele: De la conversion en divorce d'une séparation de corps prononcée à l'étranger entre étrangers. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 578-583.

(4) Suliotis, l. c. pag. 560.

(5) *Révue Critique*, 1886, pag. 691-3.

le mariage n'est vraie qu'en théorie pure. Cette unité de loi si désirable sérait maintenue si la femme changeait de nationalité avec le mari, mais dans les principes du droit français il n'en est pas ainsi. La conséquence de ce sistème c'est que l'unité de loi fait place à la dualité, la femme restée française pourra demander le divorce, le mari naturalisé italien ne le pourra pas ». In quest'ordine d'idee entrò il Tribunale di Dieppe il 27 Maggio 1886 riconoscendo gli effetti del divorzio ottenuto e del secondo matrimonio contratto a Wintherthur da un francese d'origine naturalizzato svizzero senza il concorso della moglie che era restata francese. (1)

Nella Svizzera ci si presenta sotto un altro aspetto la stessa prevalenza della naturalizzazione del marito su quella della moglie per quanto riguarda la facoltà di domandare il divorzio, ammettendovisi che la moglie di uno straniero naturalizzato in Svizzera possa domandare ed ottenervi il divorzio non già come straniera colle riserve dell'articolo 56 della legge federale del 1874, ma alle stesse condizioni alle quali potrebbe fare la medesima domanda una moglie svizzera. Così fu giudicata nel caso della moglie di un italiano di nome Baldinotti naturalizzato ginevrino, la quale domandava il divorzio contro il marito al tribunale civile di Ginevra, benchè, non avendo seguito il domicilio di lui, fosse restata, secondo la legge colà vigente, italiana. Il tribunale di Ginevra (2) accolse egualmente la domanda di lei, ammettendo che « rien ne s'oppose à ce que la loi italienne continue a considérer la dame Baldinotti comme italienne si tant est qu'elle soit dans le cas exceptionnel prévu par l'article 11 du Code Civil Italien, mais ce fait ne doit pas empècher les autorités administratives et judiciaires de la Suisse de la considerer comme Suisse puisqu'elle l'est au terme des lois suisses ». Ora è ben naturale che tali divorzii non possano essere riconosciuti nel paese d'origine la cui nazionalità fu conservata dalla moglie e che in tal caso si riproduca il conflitto cui accennammo parlando dei divorzii ottenuti all'estero in onta al divieto della legge patria.

Così, anche indipendentemente dalla questione della incompetenza, giudicò sempre la magistratura francese fino all'abrogazione

(1) Chausse, *Examen doctrinal*. Droit International, nella *Revue Critique*, 1887, pag. 276-9.

(2) 9 Dicem. 1882, Baldinotti c. Baldinotti, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 531-3.

della legge del 1816. Un saltimbanco francese di nome Agoust aveva sposato a Nuova York una tale Zanfretta il 28 Giugno 1863; egli viveva vagabondo, ma non aveva mai manifestato di abbandonare la Francia senza proposito di ritorno. Nel 1872 i due coniugi si separarono amichevolmente, e nel 1873 la moglie intentò al marito un'azione per separazione davanti al tribunale della Senna; più tardi domandarono entrambi allo stesso tribunale una dichiarazione di nullità del matrimonio, ma questa fu respinta dal tribunale e dalla corte di Parigi il 14 Gennaio 1876. Allora il marito tornò in America e fece pronunciare il divorzio nel territorio dell'Utah; si naturalizzò americano, e si rimaritò negli Stati Uniti.

Fu ripresa allora la domanda di separazione della prima moglie, giacente fin dal 1873 davanti al tribunale della Senna; Agoust oppose una eccezione d'incompetenza invocando la sua qualità di straniero ed opponendo una *fin de non recevoir* perchè, essendo stato il divorzio pronunciato in America, il vincolo matrimoniale cui trattavasi di provvedere non esisteva più. Tali eccezioni furono respinte il 4 febbraio 1882 « non potendo tenersi conto d'una naturalizzazione ottenuta così evidentemente *in fraudem legis* »; al che il Rénault aggiunge molto giustamente che « anche tenendo per valida la naturalizzazione, essa non poteva produrre effetti se non nei riguardi del marito senza mutare la nazionalità della moglie la quale, continuando ad essere francese, poteva invocare il beneficio della legge francese sotto l'impero della quale aveva contratto un matrimonio indissolubile; uno dei coniugi non deve aver la facoltà di portare direttamente od indirettamente una grave modificazione allo stato personale sul quale aveva dovuto contare l'altro coniuge ». (1) Sicchè si può concludere che il conflitto relativo al riconoscimento del divorzio sussiste anche nel caso della naturalizzazione, ogniqualvolta a questa non abbiano ricorso entrambi i coniugi, od essa non sia avvenuta per opera del marito in quel modo ed in quelle condizioni che si ritengono necessarii secondo la legge del paese d'origine per produrvi il mutamento di nazionalità della famiglia. Lo Stato che concede dunque il divorzio ad un coniuge naturalizzato senza il concorso dell'altro; il coniuge che mutando in tal guisa nazionalità creda assicurare al proprio divorzio nel paese d'origine quel riconoscimento che dalle

(1) Rénault, *Revue Critique*, 1883, pag. 721-2.

leggi di questo non è consentito, cadono in errore; nello stato attuale del diritto quel divorzio e l'eventuale matrimonio successivo sono trattati nel paese d'origine come il divorzio ed il secondo matrimonio di chi si reca all'estero e divorzia nel paese della propria residenza senza far precedere allo scioglimento del matrimonio la propria naturalizzazione. (1)

564. — A torto dunque si fa, nei riguardi del divorzio ottenuto all'estero, una distinzione fra la naturalizzazione individuale del marito e quella della moglie, e si misconosce soltanto quello ottenuto in tali condizioni dalla moglie, perchè questa per mutare nazionalità aveva bisogno dell'autorizzazione maritale anche se viveva in stato di separazione. (2) È vero che in tal caso il paese d'origine avrebbe per misconoscere la naturalizzazione ottenuta ed il successivo divorzio una ragione di più; ma è superfluo tener conto di tale ulteriore ragione, dal momento che vi sono ragioni più intime e generali in favore del misconoscimento tanto nel caso della naturalizzazione del marito quanto nel caso di quella ottenuta dalla moglie.

Infatti il paese di origine così nel caso dell'uno come in quello dell'altro non può considerare la naturalizzazione individuale prescindendo dal vincolo che li unisce; non può trascurare la considerazione che tale vincolo costituisce lo statuto personale di una famiglia nazionale, e ch'esso non può ritenerlo distrutto da una legge straniera se non quando questa sia diventata alla sua volta il nuovo statuto personale della famiglia mercè il passaggio sotto il suo impero delle singole persone che la compongono.

La questione fu trattata ampiamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina a proposito del divorzio ottenuto in Germania da una donna maritata francese separata dal marito e naturalizzata tedesca. Benchè il fatto che diede origine a tale controversia sia molto noto e sia divenuto ciò che potrebbe chiamarsi un *commonplace* del diritto internazionale privato, è pur necessario dirne qualche cosa, sia per l'ampiezza con che fu trattato, sia per l'importanza sua come esemplare d'una fra le forme di conflitto che possono sorgere in questa materia. Due sole avvertenze è opportuno premettere: anzitutto nel seguire le vicende e le discussioni

(1) Feraud-Giraud, l. c., pag. 231-7.
(2) Laurent, l. c., pag. 353-6.

di questo celebre caso, fa d'uopo non perdere mai di vista gli argomenti suaccennati che militano contro il riconoscimento nel paese d'origine del divorzio d'un coniuge solo, sia questo il marito o la moglie, naturalizzato altrove; e bisogna pur tener presenti i numerosi casi di conflitto esposti antecedentemente per non lasciarsi illudere dal tenore delle discussioni fatte intorno a questo ultimo caso, così da indursi a ritenere ch'esso abbia un' importanza maggiore di quella che non gli spetti veramente. Il dissidio maggiore di diritto internazionale in questa materia non consiste infatti nel riconoscimento del divorzio dei naturalizzati; i numerosi casi accennati in quei paesi che ammettono il divorzio lo concedono a stranieri non naturalizzati od anche ad un solo coniuge straniero, persuadono come la causa precipua dei conflitti, non sia nelle naturalizzazioni unilaterali, ma nel dissidio fra il concetto di personalità e quello di territorialità, della legge del divorzio, per cui i diritti dei varii Stati trovansi l'uno di fronte all'altro in tale rapporto che anche se si negasse la naturalizzazione alla donna maritata separata dal marito, essa potrebbe egualmente in un gran numero dei paesi, che ammettono il divorzio, trovare il modo di sciogliersi dal vincolo coniugale. Tali considerazioni non devono perdersi di mira per giudicare secondo il suo giusto valore il caso De Bauffremont.

La cortesia di Caraman Chimay di origine belga, divenuta francese in seguito al proprio matrimonio col principe Paolo di Bauffremont, ottenne contro di lui il 1 Agosto 1874 un giudizio di separazione dai magistrati francesi per causa « d'habitudes de libertinage e d'inconduite, attestées par des faits répétés, incompatibles avec la dignité du mariage, inèxcusables en toute situation et d'un caractère d'autant plus blessant et injurieux que le rang des époux est plus elevé ». Il 3 Maggio 1875 essa ottenne un atto di naturalizzazione dal governo ducale di Sassonia Altenburgo; prese domicilio a Loschwitz presso Dresda nel settembre dello stesso anno ed il 24 Ottobre contrasse a Berlino matrimonio davanti all'ufficiale dello Stato Civile col principe Bibesco di nazionalità rumena, invocando in proprio favore la conversione della separazione perpetua in divorzio ammessa dalla legge germanica. Il principe di Bauffremont domandò in Francia la dichiarazione di nullità del matrimonio e della naturalizzazione che aveva dato modo alla principessa di passare ad altre nozze; ed il tribunale civile della

Senna « attendu que pendant le mariage la femme n'a pas capacité pour consentir sans l'autorisation de son mari des actes qui seraient de nature à engager son patrimoine; qu'à plus forte raison elle ne saurait, sans cette autorisation, modifier son état civil et sa nationalité; attendu que la séparation de corps a pour effet de relachér le lien conjugal sans le rompre et qu'elle maintient le principe de l'autorité maritale, ne relevant la femme de son incapacité que dans la mesure étroite que la loi determine; qu'elle ne pourrait en déhors de l'autorisation maritale, répudier la qualité de française; declare nul et de nul effet le mariage contracté par la princesse de Bauffremont devant l'officier de l'état civil de Berlin, ensemble l'acte de naturalisation qui lui confère la nationalité de Saxe Altenbourg; fait defense à la princesse de Bauffremont de se qualifier à l'avenir de princesse Bibesco ». Tale sentenza, meno che nella dichiarazione della nullità dell'atto di naturalizzazione, fu confermata dalla Corte d'Appello di Parigi (1) decidendo che « vainement la princesse de Bauffremont aurait acquis par sa seule volonté une nationalité étrangère, vainement même son mari, resté français, lui aurait donné une autorisation expresse; le caractère synallagmatique et le caractère indissoluble du mariage s'opposent dans l'un comme dans l'autre cas à ce que, soit la femme seule, soit même les deux époux d'accord, ce qui n'est pas dans l'espéce, éludent les dispositions d'ordre public de la loi française qui les régit ». Il ricorso contro questa sentenza fu respinto dalla Corte di Cassazione il 18 Marzo 1878. (2)

Avendo i magistrati francesi riconosciute nel tempo stesso come giustificate le pretese d'ordine economico che il primo marito accampava verso la moglie, ed avendo imposto a quest'ultima una ingente multa giornaliera per quanto ritardasse la consegna dei figli, il principe di Bauffremont fu costretto ad agire anche in Belgio, dove trovavansi tutti i beni della principessa. Procedette perciò ad un sequestro nelle mani di un debitore di lei domiciliato in Belgio, e domandò al tribunale di Charleroi la relativa dichiarazione di validità in esecuzione delle sentenze francesi. Il tribunale belga poteva negare l'*exequatur* in seguito all'esame del fondo della sentenza per ciò solo che non esisteva tra il Belgio e la Francia

(1) 17 Luglio 1876, Dalloz, 1878, 2, 1.
(2) Dalloz, 1878, 1. 201.

un accordo per la reciproca esecuzione delle sentenze; ma, essendo intervenuto il secondo marito principe Bibesco per autorizzare la moglie a stare in giudizio, il tribunale non potè limitarsi a quell'esame; poichè l'ammissibilità dell'intervento del Bibesco fu contestata e ciò costrinse anche il magistrato belga a giudicare del divorzio, della naturalizzazione e del secondo matrimonio della principessa. (1) Il tribunale di Charleroi riconobbe pertanto valida in Belgio la naturalizzazione tedesca della principessa per ciò solo che era valida in Germania dove era stata conseguita e ne riconobbe pienamente tutte le conseguenze, applicando la legge altemburghese al giudizio dello stato personale di lei e della capacità a maritarsi; e perciò ammise l'intervento del secondo marito e negò ogni esecuzione in Belgio alle sentenze ottenute in Francia dal primo. (2) Però il 5 Agosto 1880 la sentenza del tribunale di Charleroi era infirmata dalla Corte d'Appello di Bruxelles decidendo, circa l'intervento del principe Bibesco, che la sua pretesa moglie era divenuta per effetto del primo matrimonio francese, così secondo le leggi belghe come secondo quelle francesi, che non poteva farsi naturalizzare in Germania senza l'autorizzazione del principe di Bauffremont, che nessun divorzio poteva pronunciarsi a favore di lei in Germania, che i responsi della magistratura francese in tale argomento, s'impongono in Belgio come cosa giudicata e che perciò il principe Bibesco non poteva presentare alcun titolo ricevibile in Belgio per intervenire ed autorizzare la principessa a stare in giudizio. In quanto poi si riferiva al vero motivo che aveva spinto ad agire in Belgio il principe di Bauffremont, l'*exequatur* cioè richiesto per le sentenze francesi in quanto colpivano la principessa di una pena pecuniaria, la Corte constatò che in mancanza di un trattato franco-belga che ammetta la reciprocità, la domanda di esecuzione implica la necessità di una revisione da parte dei tribunali belgi, e nel fare tale revisione distinse i provvedimenti presi per la custodia delle due figlie nate dal principe di Bauffremont, dalle sanzioni aggiunte a quei provvedimenti dai giudici francesi. I primi furono dichiarati elementi di statuto personale sui quali i magistrati francesi avevano deciso sovranamente, così che le loro decisioni erano obbligatorie in Belgio senza dover essere preven-

(1) Rénault, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag, 178, 185.
(2) Laurent, l. c., pag. 367-75.

tivamente oggetto di una domanda di *exequatur*. Le seconde, consistenti in una multa di 500 franchi al giorno durante il primo mese e di 1000 franchi al giorno successivamente a carico della principessa fino alla consegna delle due figlie al loro padre, furono dichiarate soggiacenti per l'indole loro alla revisione da parte del magistrato belga. Ora quest'ultimo considerando che le misure relative ai minori devono essere risolte a vantaggio di questi ultimi, che il principe non poteva accampare danni corrispondenti all'indennità che domandava, che i tribunali civili non devono usurpare le attribuzioni dei giudizii penali, che permettendo al principe d'impossessarsi dei resti della sostanza della principessa si arriverebbe alla rovina totale delle figlie; e che la realizzazione di 1,300,000 lire già fatta in Francia provava essere le sentenze francesi esuberantemente eseguite per quanto si riferiva al danno personale del primo marito, dichiarava non ammissibile tale pretesa del principe di Bauffremont. (1) Invano il principe ricorse per cassazione contro questa sentenza; la Corte Suprema del Belgio, confermando che i tribunali belgi non possono riformare le sentenze estere relative allo statuto personale di stranieri, riconobbe nel tempo stesso essere diverso il caso delle condanne pecuniarie, che il tribunale straniero pronuncia per i casi nei quali quelle disposizioni riguardanti lo statuto personale non fossero eseguite, ed affermò che la revisione della sentenza straniera, in quanto concerne tali crediti, non mette in forse le prerogative della patria potestà, ma riguarda il solo patrimonio e cade sotto l'impero delle norme generali vigenti per la esecuzione delle decisioni giudiziarie pronunciate all'estero. (2)

La principessa era dunque considerata come validamente divorziata e rimaritata in Germania ed in Rumania, mentre in Francia restava moglie del principe di Bauffremont e vi era colpevole di bigamia; il primo marito si rivolgeva alla magistratura belga per far valere i propri diritti e ne otteneva il riconoscimento, ma era un riconoscimento del tutto teorico cui il diritto belga impediva di concretarsi in quelle garanzie che la magistratura francese gli aveva conferito; sicchè si aveva da un lato una moglie legittimamente unita nel paese dove risiedeva e bigama nel paese dove

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 508-14.
(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 364-7.

aveva contratto il primo matrimonio; un marito che poteva farla condannare in Francia dove essa non si trovava e dove non possedeva, ma che nulla avrebbe potuto fare contro di lei nè in Germania nè in Rumania; e finalmente, se la controversia fra queste due parti si agitava in un terzo paese, nel Belgio, la moglie non poteva far valere il suo secondo matrimonio per salvarsi dalle conseguenze del primo, ma il marito trovavasi egualmente nella impossibilità di farvi valere queste ultime in nome di un principio che pur vi era riconosciuto.

565. — La singolarità del caso e più ancora la notorietà delle parti, fecero sì che vi si svolgesse intorno una discussione ampia e diffusa col concorso di giureconsulti di ogni paese. Scesero in campo per la principessa lo Holtzendorf ed il Bluntschly sostenendo ch'essa poteva farsi naturalizzare in Germania, che naturalizzandovisi vi perdeva del tutto la qualità anteriore di francese, che, divenuta tedesca era passata per quanto si riferiva alle sue attitudini personali sotto il regime delle leggi germaniche, che perciò essa poteva sciogliersi secondo queste dal suo primo matrimonio e contrarne validamente un secondo, e che infine le conseguenze legali di una sentenza di nullità pronunciata in Francia non potevano recare alcun pregiudizio ai diritti attuali dei coniugi Bibesco fuori di quel paese.

Altri invece, partendo dal punto di vista del diritto francese, approvarono le sentenze pronunciate in Francia e protestarono contro lo scandalo, perdendo di vista lo scandalo ben maggiore che si ripete in tanti paesi dove la donna straniera non ha punto bisogno di una naturalizzazione per ottenere, anche in confronto del marito non residente, il divorzio. Ma fra questi avversari il Gabba si distingue per aver toccato il vero punto della questione ed motivi superiori per cui non già il solo divorzio ottenuto all'estero dalla moglie naturalizzata che apparteneva prima a paese dove il matrimonio sia indissolubile, ma il divorzio in genere di un coniuge, qualunque esso sia, ottenuto in quelle condizioni, è contrario ai principii del diritto internazionale privato. (1) Egli comincia col criticare i sostenitori delle due opposte risoluzioni per

(1) C. F. Gabba, *Questioni di Dir. Civile*, Torino, Chiantore e Mascarelli, 1882, pag. 179-229; *Revue Pratique du Dr. Français*, 1876, vol. 47, n. 8-12.

aver presa in esame la validità della naturalizzazione ottenuta senza il consenso del marito, e quella del secondo matrimonio, dal punto di vista del diritto francese o di quello tedesco, (1) mentre invece a suo avviso la questione doveva esaminarsi dal punto di vista del diritto internazionale privato, indagando « se un coniuge appartenente a paese, che non ammette il divorzio, possa, vivendo l'altro coniuge, per mezzo di qualche principio od espediente ammesso dal diritto internazionale, profittare solo di una legge estera che ammette il divorzio ed il secondo matrimonio del coniuge divorziato, mentre l'altro coniuge, rimarrebbe soggetto alla legge che prima era comune a tutti due ». Egli risolve tale questione dimostrando che la naturalizzazione, il divorzio ed il secondo matrimonio della principessa sono inammissibili in omaggio ai diritti acquisiti (2) senza che vi sia bisogno per dichiararlo tale (3) che la principessa ritorni in Francia. Basta, come nel caso della principessa, che, pur restando nella nuova patria, abbia creato coi suoi atti un ostacolo insuperabile ad un diritto qualunque d'una persona che non abbandonò la patria od il domicilio originario; e ciò deve dirsi (4) tanto se il coniuge espatriato sia la moglie quanto se sia il marito. Il Gabba non trascura di notare (5) che a produrre effetti sulla possibilità del divorzio in Germania, sarebbe bastato anche il domicilio in quel paese senza verun bisogno della naturalizzazione e formula, risolvendo il dubbio prima propostosi, un principio che può applicarsi a tutta quanta la materia dei divorzii ottenuti all'estero, sostenendo che tanto gli Stati le cui leggi regolano lo stato delle persone secondo il diritto della nazionalità, quanto quelli che applicano quello del domicilio o della residènza, non dovrebbero applicare la legge propria al divorzio di un coniuge straniero, naturalizzato, domiciliato o residente ogniqualvolta in tale nuova nazionalità, domicilio o residenza, non fosse stata seguito dall'altro coniuge.

Anche quando un accordo fosse avvenuto fra gli Stati rispetto alle norme internazionali del divorzio sulla base della prevalenza della legge nazionale, questa regola troverebbe frequente occasione d'essere applicata, poichè l'obiettivo dell'accordo dovrebbe essere inteso nel senso della nazionalità della famiglia e non di quella dei

(1) Pag. 184-7. — (2) Pag. 190-4.
(3) Pag. 211-3. — (4) Pag. 228, 9. — (5) Pag. 187-190.

singoli individui che la compongono, e si dovrebbe sempre risolvere favorevolmente alla nazionalità originaria il dubbio relativo alla legge applicabile al divorzio di quei coniugi uno solo dei quali siasi naturalizzato in altro paese dopo il matrimonio. In questo senso il Gabba, intervenuto alla Conferenza di Milano della « Association for the reform and codification of the law of Nations », ritornò sull'argomento, proponendo la seguente risoluzione: « La Conferenza, uniformandosi al proprio costante desiderio di promuovere, per quanto è possibile, l'armonia fra le leggi dei varii paesi rispetto al matrimonio, esprime il desiderio che nessuno Stato Civile attribuisca validità, nei riguardi del divorzio, ad una naturalizzazione da esso accordata ad un coniuge straniero senza conoscenza dell'altro ». (1)

566. — Le disformità speciali esistenti nelle leggi matrimoniali dei varii paesi fanno manifesto come i conflitti possano riprodursi anche fra gli Stati che genericamente vanno d'accordo nell'ammettere il divorzio o nell'ammettere la separazione. Due coniugi appartenenti ad uno Stato che regoli lo stato della persona secondo la legge nazionale, possono essere separati in un altro Stato per un motivo che il primo non ammette per esempio per mutuo con-

(1) Report of the eleventh annual confer. held at Milan. London, Clowes, 1884, pag. 150. Il testo dice « without the knowledge of the other » non so se l'A. abbia scritto in italiano *senza il concorso dell'altro* o qualche altra frase che implichi più chiaramente la necessità della naturalizzazione di entrambi i coniugi. La proposta non fu discussa in causa del breve tempo che restava disponibile alla conferenza; la stessa sorte toccò al voto del signor Giacosa che proponeva: « Un mutamento di nazionalità non deve produrre veruna modificazione ai vincoli matrimoniali preesistenti, od offrire verun nuovo modo di scioglimento senza il libero consenso dell'altro coniuge ». Qui giova notare che questo libero consenso dell'altro coniuge richiesto invece della sua naturalizzazione, porterebbe poco rimedio a tale situazione, se anche lo Stato cui l'altro coniuge appartiene non consentisse dal canto proprio a ritenerlo sciolto completamente dal vincolo matrimoniale per effetto del *libero consenso* da lui prestato al divorzio di quello che si fosse naturalizzato all'estero. Le due proposte non furono riprese in considerazione nella conferenza successiva di Amburgo, dove invece apparve la regola 4ª del De Rossi — Report of the twelfth ecc., pag. 135 — che intende applicabile allo scioglimento del matrimonto la legge nazionale del marito. Ad eccezione d'un piccolissimo numero di persone i partecipanti a tali conferenze mutano troppo da un anno all'altro, perchè gli argomenti vi possano essere trattati senza interruzione, come avviene nell'Istituto di Diritto Internazionale.

senso; tale separazione non sarà riconosciuta dal paese cui essi appartengono e le conseguenze della separazione personale, come per esempio quelle relative ai beni, si produrranno in un paese e non potranno prodursi nell'altro.

In Francia tale questione, come quella della nullità, si complica singolarmente con quella della incompetenza, benchè ora questa si interpreti non già come una eccezione assoluta che debba venir sollevata d'ufficio dal giudice, ma come una eccezione relativa che possa essere sollevata dalle parti o da una di esse. Anzitutto il magistrato francese si ritiene competente secondo l'articolo 13 del Codice Civile rispetto agli stranieri ammessi dal governo a stabilire il proprio domicilio in Francia. (1) La giurisprudenza più recente interpreta nel senso di attribuzione di competenza a conoscere delle domande di separazione fra stranieri, le clausole esistenti in molte convenzioni che assicurano reciprocamente ai sudditi rispettivi degli Stati contraenti « le libre et facile accés auprès des tribunaux »: (2) ed ammette altresì la competenza quando entrambe le parti siano d'accordo per accettarla, (3) ma la nega quando una di loro non l'accetti anche se questa per cause politiche trovasi nell'impossibilità di rientrare nel proprio paese d'origine. (4) Secondo il Féraud Giraud però (5) quando due coniugi che abitano il territorio francese non siano francesi, ma sia impossibile dimostrare che appartengano ad una qualunque nazionalità straniera, essi dovranno essere giudicati dai tribunali francesi quando il convenuto, divenuto attore nella propria eccezione d'incompetenza, non possa giustificare una nazionalità straniera

(1) Féraud Giraud, l. c., pag. 245.

(2) Corte di Caen, 16 Dic. 1884 e Corte di Cassaz., 5 Giugno 1885, Corchon c. Corchon *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 544-48, v. anche vol. II, parte I, pag. 216 e segg.

(3) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 191, C. d'Algeri. Beringuet c. Beringuet, 22 Luglio 1882.

(4) Trib. della Senna, 4 Dicem. 1884, Eskoff c. Eskoff. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 95-6; il Clunet però critica il valore consentito a tale eccezione dicendo che « la réconnaître serait un véritable déni de justice; en effet dans la plus part des cas, les tribunaux du pays d'origine seraient incompétents à l'égard d'un national qui en fait a rompu le lien d'allégeance avec sa première patrie et l'epoux demandeur ne pourra trouver en aucun pays un tribunal qui consente à l'entendre ».

(5) L. c., pag. 387-9.

certa che sia in suo diritto rivendicare, spogliando così della competenza il tribunale francese per investirne un tribunale straniero determinato. Ma in realtà quando si tratti di stranieri non ammessi al domicilio secondo l'articolo 13 del Codice Civile, o non appartenenti ad un paese col quale la Francia abbia stipulato la protezione giudiziaria sulla base della reciprocità, o che infine non possano dimostrare a quale nazione straniera appartengano, il giudice francese continua a dichiararsi incompetente ogniqualvolta il convenuto sollevi in limine litis tale eccezione. (1) Nei casi in cui i magistrati francesi si dichiarano incompetenti a giudicare della domanda principale, essi non omettono però di prescrivere le misure provvisorie giudicate urgenti sia per effetto della situazione anormale dei rapporti coniugali, come sarebbe la separazione di fatto e la custodia provvisoria dei figli, sia per la necessità di agire presso un tribunale straniero, come sarebbe la condanna del marito a fornire alla moglie che voglia intentare una causa di separazione contro di lui i mezzi necessarî a recarsi nel paese cui appartiene ed una pensione alimentare che le permetta di procurarsi il bisognevole finchè non abbia potuto ottenere uno stabile assetto dei rapporti personali e pecuniari dal magistrato competente. (2)

Da tale stato di diritto due ordini di conflitti possono scaturire. Il magistrato francese, ritenutosi in alcuni casi competente, può pronunciare fra coniugi stranieri la separazione per un motivo non riconosciuto dalla loro legge nazionale; e nel tempo stesso il medesimo magistrato, giudicando della competenza delle autorità straniere riguardo ai francesi molto più rigidamente che non della propria rispetto agli stranieri, negherà esecuzione in Francia alla

(1) Trib. Civ. della Senna 23 Luglio 1885, Bontemps c. Bontemps, e Corte di Aix, 4 Maggio 1885. Botok c. Botok. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 205-8 e Trib. della Senna 13 Aprile 1880. Van Overbeck. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1881, pag. 303.

(2) Trib. Civ. della Senna 23 Genn. 1883. Causa Hart c. Hart nella quale il marito americano fu condannato a pagare alla moglie, che voleva separarsi da lui, il trasporto da Parigi a Nuova York, 500 lire per le altre spese di viaggio ed una pensione alimentare di 1000 franchi mensili per due mesi; e Trib. della Senna, 28 Febbr. 1885: attribuzione di pensione alimentare alla moglie in ragione di 500 franchi al mese fino al 1 Marzo 1886; e provvedimento per il ritiro dei figli in un istituto di educazione. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 292-4 e 1885, pag. 679-81.

separazione pronunciata all'estero soltanto perchè fu pronunciata fra francesi. La Corte di Appello di Parigi (1) pronunciò un giudicato ispirato a questo rigore in condizioni in cui non era dato dubitare nè dell'assenso delle parti al giudizio dei tribunali italiani, nè del domicilio delle parti in Italia. Trattavasi di una domanda per esecuzione di sentenza di separazione pronunciata dal Tribunale di Firenze presentata da un certo Bionne nato da un padre francese a Napoli nel 1843 e restato poi sempre in Italia. La moglie condannata a Firenze a pagare al marito una pensione alimentare di 300 franchi al mese sollevò nel giudizio di deliberazione la incompetenza dei tribunali italiani, e la Corte ne accolse l'eccezione senza curarsi del domicilio in Italia dove il marito era anche consigliere ed assessore di un comune; e dichiarando che i tribunali italiani erano incompetenti per ciò solo che il Bionne era francese, rifiutò l'*exequatur* all'ordinanza del presidente del tribunale di Firenze.

Dopo la reintegrazione del divorzio in Francia la stessa eccezione di incompetenza vi si oppone in molti casi all'accoglimento delle domande di divorzio presentate da stranieri e si oppone ancora più costantemente alla esecutorietà richiesta per divorzii pronunciati fra francesi all'estero, (2) ma, anche prescindendo da tale eccezione, lo stesso motivo di conflitti che riscontrammo tra le leggi che ammettono e quelle che riprovano assolutamente il divorzio, si ripresenta fra le leggi che pur ammettendolo non vanno d'accordo nel determinarne le cause.

567. — La legge sullo scioglimento del matrimonio è, come abbiamo notato, ad un tempo personale e d'ordine pubblico in quanto regola la sorte e la vita delle famiglie; se uno Stato vieta il divorzio perchè ritiene un elemento moralmente e giuridicamente necessario del bene sociale la indissolubilità; se un altro Stato ammette il divorzio, esso vi si induce perchè lo ritiene necessario a raggiungere lo stesso fine che il primo intende conseguire per altra via; ma pur nell'ammetterlo esso ne determina le cause all'infuori delle quali il matrimonio deve essere indissolubile; e siccome, così in quanto lo ammette come in quanto lo nega, le sue disposizioni sono coordinate al raggiungimento del medesimo fine, così hanno

(1) 28 Maggio 1884, Bionne c. Schneider. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884 pag. 622-4.

(2) Trib. della Senna, 4 Giugno 1885, Maupion c. Maupion. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 548-553.

anche lo stesso valore; sicchè ogni Stato che permetta il divorzio riterrà necessario al buon ordine delle famiglie ch'esso sia ammesso nei casi da esso contemplati, e riterrà altrettanto necessario ch'esso non sia ammesso nei casi da esso esclusi, rispetto ai quali esso non avrà minor motivo d'esser geloso delle proprie speciali norme proibitive, di quanto lo possa essere uno Stato che escluda del tutto il divorzio.

Anche in questo campo l'accordo non può conseguirsi se non mercè l'applicazione uniforme del principio personale o di quello territoriale; rinuncia degli Stati a divorziare stranieri per motivi non ammessi dalla loro legge nazionale, e loro accordo per divorziarli nei loro rispettivi territorii per i motivi ammessi da questa; oppure persistenza negli Stati a non applicare al divorzio degli stranieri se non le cause contemplate dalla legge territoriale, ma nel tempo stesso riconoscimento dei divorzii ottenuti dai proprii sudditi all'estero per cause non ammesse dalla legge propria. L'applicazione del principio territoriale non è fatta in Germania soltanto nei rapporti del diritto internazionale, ma fu applicata altresì in quelli del diritto federale dal tribunale dell'Impero a proposito di un ricorso contro una sentenza del tribunale Superiore di Celle. (1) Trattavasi di due coniugi maritatisi ad Halle nel 1874; il marito abbandonò la città nel 1875 lasciandovi la moglie ed un figlio e trasferendosi nel 1879 ad Hannover. Nel 1880 la moglie intentò davanti al tribunale regionale di questa città un'azione di divorzio per causa di condanne subite dal marito e del suo inadempimento dell'obbligo di provvedere al sostentamento di lei. Il tribunale respinse la domanda dichiarando inammissibile una causa di divorzio ammessa dal diritto prussiano nella provincia di Hannover retta dal diritto comune germanico. Il tribunale superiore d'appello confermò tale sentenza formulando la regola che nella divergenza delle varie legislazioni dal punto di vista della dissoluzione del matrimonio non si possano ammettere come cause di divorzio se non quelle riconosciute del paese dove il divorzio è domandato. Il ricorso presentato dalla moglie contro questa sentenza fu respinto anche dal tribunale dell'Impero, il quale respinse l'obbiezione che il diritto dell'attrice a domandare il divorzio fosse sorto prima che

(1) Daguin, *Bulletin de la Jurisprud. Allemande, Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 307-9. Trib. dell'Imp., 19 Giugno 1883.

il domicilio coniugale venisse fissato in Hannover, « perchè i motivi invocati per appoggiare una domanda di divorzio non hanno esistenza legale se non a partire dal momento in cui si fanno valere in giudizio ».

Rispetto poi alla applicazione della stessa regola nei rapporti internazionali, è naturale che essa sia fatta a più forte ragione in quanto riguarda la determinazione delle cause, da tutti quegli Stati che, prescindendo dalla legge personale, ammettono il divorzio degli stranieri appartenenti ad un paese che prescrive l'indissolubilità del matrimonio e nella stessa misura e colle stesse condizioni di domicilio o di residenza prescritte rispetto a questi. (1) Il Daguin nel commentare la sentenza del Tribunale dell'Impero germanico dice che questa dottrina della realità conduce a conse-

(1) Vedi pag. 281 e segg., v. anche per il Belgio, Corte d'Appello di Bruxelles, 14 Maggio 1881. Belgique Judiciaire 1881, pag. 758. In quest'ultimo caso trattavasi di coniugi inglesi e la Corte invocò in suffragio della propria competenza e dell'applicazione della legge belga, anche il criterio di diritto internazionale adottato per questi casi dal diritto inglese. Il Labbé critica tale modo di giudicare in materia di diritto internazionale privato con una argomentazione che mi pare speciosa. A suo avviso il giudice belga doveva applicare il criterio di diritto internazionale adottato dal diritto belga, la prevalenza cioè della legge personale dei coniugi o quella territoriale secondo i casi; ma se credeva che il diritto belga imponesse nel caso concreto l'applicazione della legge personale, doveva applicare le disposizioni materiali di diritto inglese e non concedere il divorzio se non per cause ammesse da questo. Era un errore a suo avviso da parte del magistrato l'appoggiarsi alla prevalenza del domicilio o della residenza ammessa dal diritto inglese nei rapporti internazionali, per applicare al caso concreto, in omaggio al diritto inglese, la legge propria. « Il appartient au législateur sous l'autorité duquel est placé le juge saisi d'une affaire, de déterminer la loi applicable à la cause; lorsqu'il a designé une loi étrangère pour la solution d'une question, le juge n'a plus à demander au législateur étranger quelle est la loi applicable; il le sait. Il n'a plus qu'à emprunter à cette loi la solution de la question du procès: condition de capacité, réglement de succession ou cause de divorce ». Labbé. Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère.

In questo caso a dir vero non parmi esista conflitto, dal momento che la legge straniera riconosce il giudicato pronunciato dal magistrato belga secondo la legge propria; applicare al regolamento dei diritti di uno straniero il criterio di diritto internazionale ammesso dalla sua legge equivale a fare piena applicazione di questa; le regole di diritto internazionale ammesse dai varii diritti particolari, non sono, perchè riguardano il diritto internazionale, parte meno integrante dei diritti particolari stessi, ai quali

guenze deplorevoli; (1) poi aggiunge che non è ammessa in Francia; ma avrebbe fatto meglio a notare che non vi è riconosciuta rispetto ai francesi che si trovano all'estero, ma praticata invece in senso negativo rispetto agli stranieri che si trovano in Francia. È costretto infatti a confessarlo dicendo che « en cas de conflit on applique le statut territorial; il est évident en effet que les droits des particuliers ne sauraient prévaloir contre les droits de l'État; lorsq'il y a un droit social en jeu la loi réelle droit l'émprunter sur la loi personnelle ». Ora questa massima, che pare al Daguin così evidente giustificazione dell'applicazione *negativa* della legge francese agli stranieri in Francia, perchè non giustifica a suo avviso l'applicazione *positiva* della legge straniera ai francesi all'estero? E se la legge francese deve seguire i francesi all'estero, così che non possano divorziare per mutuo consenso, perchè la legge prussiana che lo permette non dovrà seguire i prussiani in Francia? Fuori del principio che riconosce in territorio estero alle leggi colà vigenti nel regolamento delle cause di divorzio dei nazionali, la stessa competenza che si attribuisce nel proprio territorio alla legge nazionale per determinare quelle degli stranieri, non vi è base d'accordo possibile, ed a produrre le *consequences déplorables* lamentate dal Daguin ed a renderle difficilmente evitabili contribuisce più che non la dottrina logica della assoluta territorialità delle cause del divorzio riscontrata in Germania, quella dottrina francese che pretendendo far valere rispetto agli atti compiuti all'estero dai francesi l'assoluta personalità dei proprii *divieti*, non riconosce alla sua volta rispetto agli stranieri che vogliono agire in Francia la personalità delle *facoltà* concesse dalle leggi straniere.

568. — Ma anche fra paesi che paiono d'accordo nel riconoscere attivamente e passivamente la territorialità delle norme relative alle cause del divorzio, possono sorgere dall'applicazione particolare di quella regola e dai suoi limiti, conflitti che dalla sua enunciazione generica non apparirebbero possibili. Ciò apparisce se si mette a riscontro il diritto inglese con quello della Scozia e degli

appartengono; così il nostro Titolo Preliminare appartiene al nostro diritto civile, il farne dunque applicazione fedele in un altro paese implica da parte di questo piena applicazione del diritto straniero.

(1) L. c., pag. 308-9 nota.

Stati Uniti. In Inghilterra rispetto a stranieri che sieno domiciliati o si trovino altrimenti nelle condizioni suesposte atte a costituire la competenza, si ammette che la causa del divorzio debba essere determinata dalla legge inglese; (1) e dalla giurisprudenza inglese risulta che venne ormai abbandonata ogni pretesa di giurisdizione sullo statuto personale di individui che non abbiano attualmente il domicilio in Inghilterra. (2) Fu giudicato altresì che la legge inglese è applicabile quando le parti risiedono in Inghilterra e vi si verifica il fatto per cui si invoca il divorzio, ma il Pavitt (3) attesta non conoscere alcun giudicato secondo il quale uno solo di quei due elementi sia ritenuto sufficiente. Invece è ritenuto singolarmente sufficiente l'uno senza il concorso dell'altro secondo parecchi diritti americani e secondo il diritto scozzese. Tale disformità e l'occasione di conflitti che ne risulta, sono così esposte nella Relazione del Comitato sul diritto matrimoniale del 1868: (4) « È una massima certa del diritto scozzese che una sentenza di scioglimento di matrimonio (in base a fatti che formino un motivo sufficiente secondo questa legge, più larga in tale rispetto che non quella d'Inghilterra) possa essere competentemente pronunciata dalle corti scozzesi fra persone aventi il domicilio legale e matrimoniale e la residenza abituale in Inghilterra od in qualsiasi altro paese, quando abbiano soltanto risieduto in Scozia per brevissimo spazio di tempo e vi si siano recate (fors'anche d'accordo) coll'espresso scopo di ottenere tale sentenza, e non abbiano intenzione di rimanervi dopo ottenutovi il divorzio. Le corti inglesi d'altronde (colle quali crediamo vadano d'accordo quelle olandesi) rifiutano in simili circostanze di riconoscere la validità di tale sentenza scozzese e trattano un matrimonio susseguentemente contratto in Inghilterra dall'uno o dall'altro divorziato come reato di bigamia, e la prole che ne risulta come illegittima. Ma se l'istanza fu fatta in buona fede ed il domicilio legale del marito è scozzese al tempo del divorzio, quantunque il matrimonio fosse originariamente inglese, le corti inglesi secondo le più recenti autorità potrebbero considerare il

(1) Westlake, l. c., pag. 48.

(2) Domicilio di fatto diverso da quello da cui dipende lo statuto personale. Vedi capitolo « Dello stato e della capacità della persona » ed Alexander, *Del matrimonio in Inghilterra.*

(3) L. c., pag. 509.

(4) Report, pag. 26, ap. Guthrie, pag. 300-1.

matrimonio come effettivamente sciolto da una sentenza scozzese; ma può forse ritenersi come un punto ancora dubbio, se esse riconosceranno una residenza temporaria, stabilita in buona fede delle due parti in Scozia senza acquistare però domicilio legale in quel paese, come sufficiente ad abilitare un inglese divorziato in Scozia a rimaritarsi prima che l'altro coniuge sia morto ». Successivamente (1) la giurisprudenza si affermò nel senso di attribuire lo stesso valore che al domicilio alla residenza, quando questa presenti una certa stabilità ed escludendo quella del tutto passeggera non connessa col verificarsi dei fatti invocati nel territorio, come avviene in Scozia ed in America; da ciò la persistenza d'una diversità fra i criterii vigenti in Inghilterra ed in America, per quanto riguarda sia la competenza del giudice, sia la determinazione delle cause, ammissibili di divorzio, sia infine il giudizio se basti che le condizioni richieste dalla legge si verifichino rispetto ad uno solo dei coniugi che si tratta di divorziare.

Un esempio delle conseguenze di tali disformità può trovarsi nel caso Haggard discusso davanti la « Probate and Divorce Division » dell' Alta Corte di Giustizia nel 1882. Haggard, attore davanti al magistrato inglese, aveva sposata nel dicembre del 1875 mentre era addetto alla legazione inglese di Washington, l'americana Carolina Carroll già divorziata dal colonnello americano Kinny. Venuti a Londra dove lo Haggard era stato chiamato presso il Ministero degli Esteri, il carattere stravagante della moglie cominciò a dar noia al marito, che ottenuta una missione presso la legazione britannica di Teheran, partì per la Persia senza la moglie cui anzi inviò cento sterline destinate a pagarle il viaggio fino agli Stati Uniti, dove esprimeva il desiderio che si stabilisse nuovamente colla madre aggiungendo essere necessaria fra loro una separazione. Nel 1880 egli seppe a Teheran che una citazione a comparire nel termine di quaranta giorni presentata dalla moglie che domandava il divorzio per causa di abbandono, era stata pubblicata in America; ed al suo ritorno a Londra, il 23 Giugno di quell' anno, seppe che la domanda era stata ammessa ed il divorzio pronunziato in America. Poco tempo dopo la signora Haggard passava al terzo matrimonio col tenente Dix Bolles della marina federale americana. Lo Haggard chiese allora alla sua

(1) Hubert Valleroux, l. c.

volta in Inghilterra il divorzio per causa d'adulterio della moglie, qualificando per tale il terzo matrimonio di lei, il che implicava misconoscimento della sentenza americana. Il presidente della corte non esitò a dichiarare che l'adulterio invocato dal marito era pienamente provato dal fatto del terzo matrimonio; infatti il divorzio era stato pronunziato dalla Corte di Washington per la causa d'abbandono del marito che non è ammessa dal diritto inglese; non essendo avvenuta separazione giudiziaria, il domicilio della moglie coincide con quello del marito, e la legge vigente in quest'ultimo è la sola che debba applicarsi. Sicchè il divorzio americano ottenuto dalla moglie non fu riconosciuto ed il suo misconoscimento servì a concretare la causa necessaria perchè il marito potesse alla sua volta ottenerlo in Inghilterra; che « se il marito avesse ritenuto valido il primo divorzio e si fosse rimaritato senz'altro nel proprio paese dopo averne avuta notizia, vi sarebbe stato colpevole di bigamìa; i figli del secondo matrimonio quantunque innocenti vi sarebbero stati illegittimi e la loro madre, trattata come una concubina, sarebbe caduta da una posizione onorevole ad una situazione colpevole e degradata ». (1)

Anche fra gli Stati che paiono concordi nell'ammettere nel proprio diritto interno il divorzio e nei rapporti internazionali lo stesso criterio della territorialità, la rispettiva concretazione specifica di tale criterio lascia dunque sussistere occasioni di conflitti dipendenti dalla diversità delle cause per cui rispettivamente lo ammettono e dalla determinazione ed applicazione diversa del principio territoriale; ma fra tutti quelli Stati da una parte, e dall'altra quelli che impongono come personali le proprie regole ai propri sudditi dovunque si trovino e impongono nel tempo stesso come territoriali agli stranieri rispetto ai limiti posti alle cause di divorzio, lo stato di conflitto diventa quasi la condizione normale. Così in Francia non si pronuncierà il divorzio fra stranieri per cause non ammesse dalla loro legge nazionale: per esempio fra gli inglesi per semplice adulterio del marito, ma non si pronuncierà nemmeno per cause non ammesse dalla legge francese: per esempio per mutuo consenso o per ubbriachezza abituale fra prussiani; e nel tempo stesso non si riconoscerà il di-

(1) Hugh Weigtmann, *Du domicile considéré rélativement au mariage et au divorce.*

vorzio accordato per queste cause fra due francesi in Prussia. E ciò perchè? Per effetto dell'errore dipendente dal credere che la legge del divorzio non abbia, in quanto lo accorda, lo stesso carattere e lo stesso valore che ha in quanto lo nega. È probabile (considerati i giudizî pronunciati sulla sentenza d'Ancona) che anche se il divorzio venisse introdotto in Italia, si continuerebbe, salvo l'eccezione d'incompetenza, ad applicare principî analoghi a quelli del diritto francese, sicchè si avrebbero ancora divorzii pronunziati all'estero fra italiani e non riconosciuti in Italia perchè contrarii alla legge italiana, e divorzii domandati da stranieri in Italia e rifiutati perchè contrarî alla stessa legge italiana. Così anche in Austria dei divorzii ottenuti da acattolici austriaci all'estero, si riconosce la validità quando i divorziati erano domiciliati nel luogo dove il giudizio fu pronunciato e quando il divorzio non venne accordato per una causa non ammessa secondo il diritto austriaco.

Ed analoghi conflitti si presentano nel giudicare degli effetti del divorzio: alcune leggi vogliono (1) che il coniuge adultero resti assolutamente incapace di maritarsi finchè dura in vita l'altro coniuge; altre (2) ritengono il coniuge divorziato per adulterio incapace soltanto di sposare il proprio complice; altre infine (3) considerano il matrimonio fra queste due persone come l'adempimento di un dovere morale che deve essere incoraggiato. (4) Se due sudditi di un paese le cui leggi ammettano quell'effetto del divorzio pronunciato per causa d'adulterio, lo ottenessero per tale causa in

(1) Nuova York-Svezia.

(2) Massima parte delle legislazioni europee. — (3) Diritto inglese.

(4) Poche disposizioni, a dirla per incidenza, mi parvero, oltrechè più morali, anche più pratiche di questa del diritto inglese; essa serve a rendere possibile dopo il divorzio la riparazione; è prima spesso un freno capace d'impedirlo. Se la società fra i due adulteri è una felicità, perchè negare che diventi legittima, quando è pur in loro potere continuarla in modo colpevole e scandaloso; se è un'infelicità perchè non infliggerla a coloro che per un istante di piacere calpestarono i più sacri doveri? Trascinino l'uno la compagnia dell'altro come una catena; Dante non punì Paolo e Francesca dividendoli, ma lasciandoli eternamente uniti: e se fosse possibile applicare una legge secondo la quale i colpevoli di adulterio fossero *ipso facto* sciolti d'ogni altro vincolo e maritati indissolubilmente fra loro, ben pochi adulterii si riscontrerebbero: vi porrebbe ostacolo lo spavento da cui sarebbero colti molti pirati del matrimonio di correre la sorte delle mosche annegate nel miele.

Inghilterra, ed il coniuge colpevole vi si rimaritasse col proprio complice, nè il divorzio, nè il secondo matrimonio sarebbero riconosciuti validi nella patria dei coniugi come contrari ad una regola colà vigente relativa alla capacità personale. Nel caso invece di una famiglia inglese stabilita in Italia od in Francia e dell'adulterio consumato dalla moglie sia pure con un altro inglese, il divorzio pronunciato per questa causa, non vi rendebbe possibile il secondo matrimonio fra i colpevoli, perchè calcolato una violazione d'una regola d'ordine pubblico. E perchè tale differenza? Da che sperare un accordo se non da una transazione secondo la quale si riconosca alle leggi personali straniere la stessa applicazione estraterritoriale che si pretende per le proprie, o si riconoscano limitati gli effetti di queste fuori del territorio di tanto di quanto si vuol limitare in questo gli effetti di quelle? L'attitudine degli adulteri a rimaritarsi secondo il diritto inglese non è forse una regola di capacità personale? Il concetto di facilitare il loro matrimonio coprendo la loro colpa con una postuma legittimità, non deve calcolarsi un principio interessante l'ordine pubblico dello Stato che lo proclama? (1)

569. — Con tale argomento si ritorna al punto di partenza di questo studio sul diritto internazionale del matrimonio e ad una questione già toccata parlando della capacità a maritarsi: quella cioè del secondo matrimonio del divorziato in onta alla sua legge personale e del secondo matrimonio che un divorziato legalmente

(1) Uniformandosi allo spirito del diritto vigente nello Stato la giurisprudenza di Nuova York tende a riconoscere positivamente e negativamente la territorialità di quel divieto. Nel Gennaio 1882 la Corte d'Appello vi decise nella causa Van-Voorckis e Brintwall: — Albany Law Journal, vol. 23, pag. 213; — che la proibizione al coniuge divorziato per adulterio di contrarre un nuovo matrimonio è una penalità e non ha effetto estraterritoriale. Il Seymour van Santvoord (Alb. Law Journal, 1883), esaminando la questione in relazione col diritto newyorkese, ammette in genere che uno Stato abbia diritto di determinare l'effetto che nel suo territorio debbasi riconoscere ai matrimoni contratti in altra giurisdizione da parti che al momento della celebrazione erano abitanti del suo territorio ed agivano in onta alle leggi di quello Stato, ma trattando specialmente degli Statuti di Nuova York distingue quattro casi: *a*. Se la parte colpevole si rimaritò in altro paese dove abbia acquistato residenza di buona fede, il matrimonio si ritiene valido anche nello Stato di Nuova York e vi furono riconosciuti in simili casi (Webles Estate) in proposito i diritti successori dei figli del secondo matrimonio; *b*. Nel caso in cui il secondo matrimonio fosse stato contratto in

nel proprio paese, voglia contrarre in altro paese dove il divorzio sia proibito. Tale caso è sostanzialmente diverso da quello della esecutorietà concessa in tali paesi alla sentenza di divorzio pronunciata all'estero fra stranieri; in questo caso, allo stato attuale del diritto internazionale, i magistrati di territorii dove sia condannato il divorzio, dovrebbero opporre un rifiuto poichè si tratta di agire positivamente per completare nella cerchia della loro giurisdizione la validità e l'efficacia del divorzio straniero in onta alle leggi che è loro compito di applicare, e di distruggere con uno di questi mezzi un atto pubblico esistente nel loro paese che senza la loro concessione di esecutorietà vi conserva tutto il proprio valore; nel secondo caso invece trattasi di riconoscere lo stato libero dello straniero così come risulta secondo il diritto del suo paese, senza intervenire ad indagarne il passato e senza criticare quegli atti compiuti nel paese straniero ed ormai completi, mercè i quali un determinato individuo di altra nazionalità è restato od è ridivenuto capace di contrarre matrimonio.

Ciò nonostante nella Repubblica Argentina non si riconosce come valido il matrimonio celebratovi da uno straniero che siasi divorziato nel proprio paese prima di stabilirsi nel territorio federale e se ne considerano i figli come adulterini; però si considera valido il matrimonio e legittima la prole quando anche il secondo connubio sia anteriore allo stabilimento nell'Argentina.

In Francia la questione era stata risolta in senso contrario molti anni prima del ristabilimento del divorzio e la Corte di Cas-

paese straniero con un residente di questo Stato, i diritti ne sarebbero intangibili in Nuova York tanto più trattandosi di una capacità d'ordine piuttosto penale che personale. *c.* Se le parti risiedono entrambi nello Stato di Nuova York ed hanno contratto matrimonio in altro Stato senza intenzione diretta di sfuggire alle sue leggi, il matrimonio deve essere tenuto per regolare anche in quello Stato; *d.* Se le parti risiedono entrambe nello Stato di Nuova York e lo abbandonano coll'intenzione di eluderne la legge, l'autore sostiene che debbasi applicare la *lex loci contractus*, ma gli è contraria la giurisprudenza pronunciatasi nel caso Marshall c. Marshall. Nel 1866, James Marshall divorziato per adulterio nello Stato di Nuova York, si rimaritò nella Pennsylvania, dove si era recato al solo scopo di contrarre matrimonio per ritornare subito dopo in patria. Dopo qualche tempo egli presentò domanda di divorzio contro la seconda moglie allegando l'infedeltà di questa. La Corte respinse la domanda e la Corte d'Appello ne confermò la sentenza, dichiarando che il matrimonio contratto dalle parti nella Pennsylvania era proibito dalla legge di Nuova York e perciò assolutamente nullo.

sazione aveve deciso fin dal 1858 che « l'étranger dont le prémier mariage a été légalement dissous dans son pays, soit par le divorce, soit par toute autre cause, a acquis définitivement sa liberté et porte avec lui cette liberté partout où il lui plaira de résider ». (1) Vent'anni più tardi avendo la Corte di Douai deciso che un belga divorziato nel suo paese non potesse rimaritarsi in Francia durante la vita del primo coniuge, la Corte di Cassazione confermò dal canto suo la stessa giurisprudenza; (2) nè il Feraud Giraud (3) trova nel diritto francese vigente prima del 1884 verun ostacolo ad applicarla anche nel caso che la prima moglie dello straniero divorziato fosse originariamente una francese.

E lo stesso può dirsi secondo il diritto italiano; lo riconosce il Bianchi (4) che, disapprovando tale soluzione invoca una nuova disposizione di legge vietante il matrimonio in Italia ad uno straniero che abbia ottenuto il divorzio da una moglie italiana. Il Fiore invece crede (5) che un tale matrimonio debba essere vietato in Italia anche secondo il diritto vigente come contrario ai buoni costumi; a suo avviso « le scandale, l'indignation pubblique à laquelle ce mariage donnerait naissance, seraient une raison suffisante pour l'annuler comme contraire aux bons moeurs en mettant ainsi à profit la restriction posée en l'article 12 des dispositions préliminaires ».

Non so condividere in tale argomento nè il voto del Bianchi nè l'opinione del Fiore; rispetto al quale parmi applicabile quanto dissi per confutare il Dialti, (6) circa l'esecutorietà concessa alla sentenza straniera di divorzio. O è ragionevole che si opponga un ostacolo allo straniero divorziato che voglia rimaritarsi in Italia, ed in tal caso la distinzione fra il divorziato da una straniera e quello da una donna originariamente italiana torna superflua; o la ragione di un tale ostacolo in generale manca, ed in tal caso

(1) Laurent. l. c., vol. v. pag. 259-70.

(2) Dubois, l. c., pag. 52.

(3) L. c., pag. 242-3.

(4) Bianchi Emilio, *Saggio di Studi Critici sul diritto internazionale privato*; applicazione della legislazione italiana alla materia del matrimonio. Archivio Giuridico, vol. X, 1872, pag. 427-497.

(5) Fiore, Du mariage celébré à l'étranger suivant la législation italienne *Iournal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 175-6.

(6) V. pag. 304-7.

la distinzione è inammissibile. La donna che fu italiana prima del matrimonio e contro la quale quello straniero ottenne il divorzio non era più italiana secondo la legge nostra dal momento che aveva sposato uno straniero; il divorzio avvenne fra stranieri, e nemmeno alla divorziata che volesse rimaritarsi in Italia, potrebbe opporsi un divieto, perchè se la si considera straniera non può trattarsi diversamente dagli altri stranieri, e se la si considera italiana non si può trattarla come tale se non per effetto dello scioglimento del suo matrimonio.

Così nel ricercare se la divorziata straniera debba ritenersi obbligata a non contrarre un altro matrimonio prima che siano trascorsi i termini stabiliti dalla legge territoriale a partire dallo scioglimento del primo (1) anche nel caso che la sua legge nazionale non contenga una disposizione identica, parmi preferibile la soluzione consigliata dal Clunet (2) e dal Laurent (3) a quella affermativa prescelta dalla Corte di Parigi il 13 Febbraio 1872 (4) a proposito d'una francofortese che avrebbe potuto secondo la propria legge rimaritarsi subito dopo il divorzio. « Ne dirait-on, dice il Laurent, que l'éxistence de la société française est compromise parce qu'une femme allemande invoque son statut personnel contre un empèchement prohibitif établi par le Code Civil? » Ed il Clunet rivela la inconseguenza di un giudicato che mentre non fa prevalere le disposizioni territoriali di ordine pubblico nella questione principale, non vuol poi decamparne nella questione secondaria.

570. — Basta pensare che il matrimonio è fra tutti i rapporti degli individui il più importante ed il più elevato dal punto di vista morale, e considerare come sia irta di conflitti la presente condizione del diritto internazionale che lo riguarda, per trovar inutile di spender parole ad insistere sulla necessità, sull'urgenza di concordare anche il regolamento internazionale del divorzio in modo che il matrimonio di due persone non possa sciogliersi se non in un determinato paese, e cessi dovunque d'esistere quando in quello sia stato sciolto.

Ad un tale scopo si può tendere per due vie: i singoli paesi possono inserire nelle proprie leggi disposizioni dirette a prov-

(1) Articolo 228, C. Francese; Art. 57, 107, C. Ital.
(2) *Bulletin*, l. c., pag. 347-354.
(3) L. c., pag. 272-3.
(4) Dalloz, 1873, 2. 160.

vedere a tale bisogno, oppure tutti gli Stati civili od una gran parte di essi possono accordarsi per codificare alcune regole di diritto internazionale privato obbligatorie uniformemente nei territorii di tutti i contraenti. Del primo mezzo sono esempio l'articolo 56 della legge federale svizzera che vieta ai magistrati di ammettere domande di divorzio fra stranieri se non sia dimostrato che lo Stato cui essi appartengono riconoscerà la sentenza che si tratta di pronunciare, e l'articolo 3 della legge sassone del 4 Marzo 1879 che contiene una analoga condizione. Di quest'ultima però abbiamo veduto che cosa resti dopo la legge germanica del 1875. (1) La prima, che resta ancora in vigore, ci si manifestò anzitutto come insufficiente lasciando aperto l'adito ai conflitti nel caso di naturalizzazioni considerate altrove come ottenute *in fraudem legis* o di naturalizzazione di un coniuge solo; ed inoltre come esempio difficilmente imitabile fino a che una reciprocità di osservanza delle regole dello statuto personale non sia garantita anche dagli altri Stati, e specialmente da quelli che non ammettono il divorzio, garanzia che non sarà dato ottenere se non da un trattato internazionale complessivo. E quest'ultimo mezzo apparisce tanto più preferibile a quello delle concessioni fatte dalle singole leggi, se si considera che in una materia così complessa queste molto sovente o rimangono insufficienti o trascendono il proprio scopo quando non sono circondate da disposizioni particolari relative alla loro applicazione, impossibili a formularsi senza il concorso dei singoli Stati, cui la concessione è fatta. Una concessione alle leggi straniere in una materia rispetto alla quale la legislazione comparata è così varia e così ricca di sfumature, fallisce troppo sovente al proprio scopo quando fra gli Stati, la cui legge si tratta di applicare, non sia concordato il modo di provarla.

Abbiamo già accennato al caso di quell'ungherese maritato in Svizzera che non poteva ottenere nè il riconoscimento del matrimonio nel suo paese, nè il divorzio dove erasi sposato. Ciò avveniva perchè la legge svizzera (2) subordina alla stessa condizione di riconoscimento nel paese d'origine così la celebrazione del matrimonio come la dichiarazione del divorzio degli stranieri; ma la legge ungherese era stata interpretata male ed il matrimonio di

(1) Vedi pag. 285 — (2) Art. 56.

quello straniero era stato celebrato in Svizzera; dopo tale celebrazione egli non poteva ottenere nel paese che lo ospitava, l'annullamento del matrimonio, perchè l'articolo 56 non contiene un motivo di nullità; nè poteva ottenervi il divorzio perchè rispetto a questo si sapeva che non avrebbe potuto essere riconosciuto in Ungheria. Ed uno straniero trovavasi in Svizzera in tale condizione non già perchè vi si trascuri l'osservanza della legge straniera, ma perchè nella mancanza di precisi dati positivi rispetto al matrimonio, essa era stata applicata male.

Del pari se si tratta di pronunciare il divorzio di due stranieri appartenenti a paesi che in genere lo ammettano, l'articolo 56 pare destinato ad evitare ogni conflitto; ma in realtà non è sempre così; quale Stato può dare un'esecutorietà preventiva ad una sentenza straniera non ancora pronunciata? Molti governi infatti ad una domanda simile opposero un rifiuto. Ed in tal caso che cosa resta a fare al magistrato svizzero? Desistere del tutto dal pronunciarsi e rimandare gli stranieri al magistrato del loro paese; che se poi nel loro paese non possono trovare un magistrato competente secondo le leggi di quello, l'articolo 56 che avrebbe lo scopo di offrire agli stranieri il mezzo di divorziare secondo il proprio diritto, raggiungerà invece quello di impedire loro di divorziare del tutto.

Tale caso si verifica appunto in Svizzera quando trattasi di tedeschi. Alcuni anni or sono un badese vi domandava il divorzio; l'autorità germanica fu interrogata se questo concesso, in Svizzera, sarebbe riconosciuto nell'Impero; rispose riferendosi agli articoli 660 e 661 della legge imperiale della procedura civile secondo i quali il divorzio fra due tedeschi all'estero sarà riconosciuto se fu pronunciato dal tribunale del domicilio generale del marito; il tribunale federale svizzero considerando che l'autorità giudiziaria germanica non poteva garantire assolutamente il riconoscimento della sentenza, e conservava sempre la facoltà di controllare l'esistenza del domicilio generale in Svizzera, rifiutò d'autorizzare la dichiarazione di divorzio. (1) Così quei due tedeschi appartenenti ad un paese che autorizza il divorzio ed abitanti in un altro che pure lo permette, trovavansi nella impossibilità di

(1) Trib. fed. 20 Marzo 1881, Manogg, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 243-4.

divorziare; poichè gli stessi tribunali tedeschi non potrebbero, a rigore di diritto, deliberare se non quando fosse domiciliato in Germania il marito e soltanto nel caso di domanda di divorzio per causa di abbandono, potrebbe accogliere la domanda della moglie il tribunale germanico dell'ultimo domicilio del marito. Fra i due paesi furono aperte trattative per rimediare a tale condizione di cose, ma intanto anche fra loro oltrechè fra la Svizzera e molti altri Stati la condizione è questa: che l'articolo 56 trascende e fallisce troppo sovente il proprio scopo. E tanto più certamente si giunge a tale risultato inquantochè la magistratura svizzera non si accontenta in tali circostanze della sicurezza che il divorzio sia riconosciuto dalle leggi dell'altro paese per la specie di casi di cui si tratta, ma esige la certezza assoluta che in quel caso concreto la sentenza svizzera sarà riconosciuta nell'altro paese. In questo senso giudicarono a proposito di una domanda di divorzio fra francesi il tribunale cantonale di Neuchatel (1), la Corte di Ginevra il 12 Marzo 1886 (2) ed il tribunale federale il 15 Novembre 1886. (3) I due francesi che domandavano nel primo caso il divorzio davanti i giudici ginevrini presentavano un certificato del ministro della giustizia di Francia insieme coll'estratto della legge francese del divorzio, un certificato dell'ambasciata francese in Svizzera constatante che, sotto riserva all'apprezzamento lasciato per ogni sentenza straniera ai tribunali, la sentenza di divorzio pronunciata fra francesi in Svizzera, può essere riconosciuta in Francia, ed una lettera del console di Francia a Ginevra che, trasmettendo il parere del Ministro francese degli Affari Esteri, ammetteva la competenza svizzera secondo il trattato del 1869. Ciononostante la Corte ritenne che non risultasse da tali documenti quella certezza di riconoscimento della sentenza nel paese dei coniugi che è richiesta dal diritto svizzero. Ed il tribunale federale pur non appagavasi di un certificato analogo dell'ambasciata di Francia dichiarando ch' esso « loin d'équivaloir à la certitude que les jugements suisses prononciant le divorce entre français seront reconnus comme définitifs et éxécutoires en France sans éxamen ultérieur

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887. pag. 375-6.

(2) Alfred Martin, Législat. et jurispr. suisse, *Revue de Dr. Int.*, 1886, pag. 359-60.

(3) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 111-2.

du fond, il impliquérait bien plutôt le contraire en réservant aux tribunaux français le droit de contrôler les jugements suisses, aux fins de constater entre autres, leur harmonie avec le droit français au point de vue de l'application des causes de divorce ». Resta così provato che il diritto svizzero s'interpreta nel senso di esigere una dichiarazione preventiva di esecutorietà della sentenza da pronunciarsi, giungendo troppo spesso allo stesso risultamento pratico delle leggi che dichiarano la assoluta incompetenza dei magistrati nazionali a giudicare in questioni di stato fra stranieri.

571. — È evidente che le disposizioni adottate dagli Stati per evitare i conflitti dovrebbero essere concordate con altri accordi, come quello per la costituzione dell'Ufficio Internazionale vagheggiato dal Lehr e dal Garnier, diretti a facilitare e ad accertare soprattutto la prova della legge straniera ed il senso delle stesse norme accolte di diritto internazionale privato. Ma tali norme su quali basi dovrebbero fondarsi? Quale criterio fondamentale dovrebbe informarle? A mio avviso questo principio che ho cercato di far risaltare da tutta l'esposizione, per quanto incompleta, della legislazione comparata: che le leggi riguardanti lo scioglimento del matrimonio sono, per quanto riguarda il valore ed il carattere giuridico rispettivo, equipollenti, tanto nella loro attitudine ad accompagnare dovunque le persone, quanto in quella ad obbligare tutti nel territorio dove imperano: che cioè tanto le leggi vietanti il divorzio come quelle che lo permettono sono leggi che regolano la capacità, ma che nel tempo stesso le une nè più nè meno che le altre interessano la moralità delle famiglie e l'ordine ed il diritto pubblico dello Stato che le promulga; e che perciò un accordo universale non può avvenire se non sulla base o dell'applicazione piena e del riconoscimento generale del principio della personalità, o sulla applicazione piena del principio della territorialità determinato soltanto, per evitare la frode della legge da qualche condizione di residenza.

Tanto nell'un caso come nell'altro gli Stati sono costretti a transigere, ma la vita sociale degli Stati come quella degli individui non è, e non può essere, se non il risultato di una serie di transazioni. Per effetto di tali transazioni ciascuno Stato acquisterebbe da una parte quanto perderebbe dall'altra; nell'un caso la validità universalmente riconosciuta dell'applicazione delle proprie leggi fatta ad ognuno sul proprio territorio, nell'altro la osservanza

universale delle proprie leggi obbliganti dovunque i proprii sudditi. E la transazione si compirebbe in nome di un principio che può dirsi veramente d'ordine pubblico mondiale, quale è quello della uniforme osservanza universale delle norme giuridiche e della uniforme validità e certezza dei diritti acquisiti.

Il Saripolos, discutendosi a Bruxelles nell'autunno del 1885 dall'Istituto di Diritto Internazionale il regolamento internazionale del matrimonio e del divorzio, presentò ai suoi colleghi una protesta (1) cui ho già accennato, pregandoli d'escludere l'argomento del matrimonio dai loro lavori, « perchè gli Stati di religione greca-ortodossa non riconoscono il matrimonio civile ». « Nous ne devons aborder que des questions de droit materiel, sur lesquelles nous puissions nous entendre et qui ne choquent la conscience de personne. Les questions religieuses doivent nous rester étrangères ». Come se si fosse trattato di proclamare quale diritto uniforme l'obbligo del matrimonio civile e l'ammissione del divorzio! Raramente in una riunione di cultori del diritto internazionale avverrà di udire una sentenza che implichi così completo oblio di che cosa il diritto internazionale sia. Non è inutile però a questo punto rinnovare l'accenno a tale sentenza, che è notevole perchè non pochi diritti positivi informano ai concetti che la ispirano i criterii di diritto internazionale che sono disposti ad ammettere fra le proprie disposizioni; così, mentre si adduce un argomento di più in favore della necessità d'un regolamento complessivo internazionale del matrimonio, è dato anche ravvisare e giudicare nel tempo stesso i grandi ostacoli che si oppongono ad un rapido conseguimennto di questo fine.

(1) V. pag. 70 e *Annuaire de l'Institut de Dr. Int.*, 8e année. Bruxelles Muquardt. 1886, pag. 78-9.

IX

FIGLIAZIONE, MINORE ETÀ E TUTELA.

572. Figliazione; figliazione illegittima; suo riconoscimento. — 573. Ricerca della paternità: sistemi che la respingono e sistemi che la accolgono. — 574. Leggi diverse circa gli effetti del riconoscimento; maggior copia di effetti secondo le leggi più rigide circa i modi del riconoscimento. — 575. Diritto Scandinavo: esempio di questa coincidenza. — 576. Limite dell'estraterritorialità delle norme circa la ricerca della paternità: diritto italiano ed austriaco. — 577. Esempii di concessioni anche in questo campo e requisiti perchè diventino generali. — 578. Legittimazione per susseguente matrimonio: leggi che la ammettono e leggi che la ignorano. — 579. Legittimazione per rescritto del principe. — 580. Conflitti relativi alla prima: influenza dell'ordine pubblico e della personalità. — 581. Prevalenza della legge del genitore o del figlio, della nascita o del matrimonio, e forme. — 582. Conflitti circa il riconoscimento della seconda. — 583- Adozione: varie leggi che la ammettono. — 584. Sua ammissione secondo le classi sociali nel diritto russo; sua mancanza nel diritto inglese. — 585. Se gli stranieri possano approfittarne; negazione del diritto francese. — 586. Conflitti circa il suo regolamento e riconoscimento internazionale. — 587. Forme ed effetti. — 588. Patria potestà: suo carattere nel diritto moderno: differenza fra i due genitori. — 589. Sue conseguenze personali; capacità; se il criterio personale regolatore debba cercarsi nel diritto dei genitori od in quello della prole. — 590. Sentenze pronunciate in favore del primo; valore di questo per determinare non l'esistenza, ma le conseguenze della patria potestà. — 591. Conseguenze personali circa la disciplina famigliare: disposizioni di varii diritti positivi. — 592. Educazione religiosa della prole. — 593. Generale prevalenza della legge territoriale nel regolamento di questa specie di conseguenze personali. — 594. Diritti dei genitori sui beni della prole: peculii del diritto spagnuolo: amministrazione ed usufrutto secondo il diritto di altri paesi. — 595. Diritti più limitati in Austria, Inghilterra e Russia. — 596. Come in tali rapporti economici si complichino circa il regolamento internazionale gli elementi personale e reale; dove prevalga l'uno e dove l'altro. — 597. Divergenza, per quanto riguarda il primo, circa la prevalenza della legge del genitore o del figlio: personalità e territorialità dell'obbligo di prestazione degli alimenti. — 598. Emancipazione: varietà di leggi circa il modo e l'importanza. — 599. Effetti. — 600. Regolamento internazionale della emancipazione: ammissione degli stranieri a procedervi nel territorio: forme. — 601. Significato comprensivo che può darsi alla parola tutela nel diritto internazionale: tutela dei minori: effetti personali: leggi: diritto italiano, francese, spagnuolo. — 602. Diritto prussiano, svizzero, austriaco, russo, inglese. — 603. Straniero tutore di un nazionale. — 604. Argomenti d'interpretazione favorevole nel diritto francese. — 605. Tutela: sede: rapporti personali: territorialità e pluralità delle tutele: diritto inglese ed americano; diritto tedesco. — 606. Personalità ed unità prevalente negli Stati del continente europeo per i rapporti personali della tutela. — 607. Trattati che sanciscono la personalità. — 608. Giurisprudenza favorevole alla nazionalità. — 609. Comple-

mento del rispetto alla personalità e sua conciliazione coll' obbligo di protezione degli stranieri mercè le misure provvisorie. — 610. Legge regolante i motivi di esenzione delle persone chiamate a partecipare alla tutela. — 611. Rapporti economici: diritti nei quali prevale la territorialità. — 612. Diritti in cui questa si riduce al minimo cedendo alla personalità. — 613. Oscurità delle riserve di territorialità fatte in questi ultimi Stati e nelle loro convenzioni. — 614. Effetto di queste riserve circa gli atti di disposizione della proprietà; ipoteca legale. — 615. Provvedimenti per i maggiori diventati incapaci: varie leggi circa l'infermità di mente. — 616. Imperfezioni dei sensi. — 617. Prodigalità ed inabilitazione volontaria. — 618. Ragioni perchè ogni legislazione debba garantire il riconoscimento dello stato e della tutela dello straniero maggiore incapace nella stessa misura che quella del minore; maggiore territorialità rispetto a quella in alcuni paesi. — 619. Non in Francia, Belgio, Austria. — 620. Italia: statuto personale e misure provvisorie. — 621. Cause dei conflitti in questa materia ed elementi necessarii ad evitarli.

572. — L'argomento di questo capitolo si riferisce in buona parte ad un'applicazione dei principii esposti nei capitoli precedenti, ai quali pertanto basterà sovente riferirsi. Così i criterii diversi circa la legittimità della figliazione ci son forniti dallo studio del matrimonio: (1) quelli relativi alla competenza a giudicare fra forestieri dall' esame della legislazione comparata sulla condizione degli stranieri, (2) e l'estensione dei conflitti fra i primi nella misura e nel modo consentiti dalla seconda risulta dalle indagini relative allo stato ed alla capacità della persona. Però anche nei riguardi della figliazione considerata in se stessa e prima di parlare dei rapporti disciplinari ed economici fra genitori e prole, non è superfluo sostare alcun poco sull' indole e sul modo di riconoscimento della figliazione illegittima, come su quella la cui considerazione usciva dai limiti di uno studio sul matrimonio che la riguarda saltuariamente ed in modo, a dir così, puramente negativo.

La prima ricerca da farsi circa i figli illegittimi nel campo dei rapporti internazionali è se siano suscettibili di riconoscimento secondo la legge del paese che deve regolare il loro stato personale, la quale sarà determinata diversamente nei varî territorî a seconda dei criterii diversi adottati per il regolamento dello stato della persona straniera nelle rispettive legislazioni. (3) Infatti mentre in Prussia i figli adulterini ed incestuosi possono pur approfit-

(1) V. pag. 1-150.
(2) V. vol. II, parte I, pag. 178-239.
(3) V. vol. II, parte I, pag. 240-295.

tare di un certo riconoscimento, in altri Stati, come in Italia e nei paesi di diritto francese, essi non sono suscettibili di alcun riconoscimento, sicchè rispetto ad essi non è possibile evitare i conflitti se fra gli Stati non si va d'accordo circa un criterio di diritto internazionale privato uniforme, potendo avvenire, nella varietà di tali criterii, che una stessa persona sia legalmente irriconoscibile di fronte alla legge di uno Stato e validamente riconosciuta secondo quella di un altro, e potendo accadere altresì nella varietà delle norme relative alla naturalizzazione ed alla nazionalità di origine, che anche Stati apparentemente concordi nell'accogliere il principio regolatore della prevalenza del diritto nazionale, si trovino circa questi rapporti in conflitto, per diversità nella determinazione della nazionalità. E non solo è necessario l'accordo circa un criterio che attribuisca dovunque ad una stessa legge la competenza a determinare l'ammissibilità o la inammissibilità del riconoscimento degli stessi figli incestuosi od adulterini; ma fa d'uopo altresì poter chiedere a quella stessa legge la definizione di che cosa debba intendersi per incestuoso od adulterino. Chiunque ricordi come siano in qualche parte diverse le leggi relative ai gradi di parentela fra i quali è proibito il matrimonio, come siano sommamente diverse quelle relative al divorzio, e quanto difficile sia apparso il regolamento internazionale degli uni e dell'altro, si persuaderà che l'accordo in questa provincia del diritto di famiglia dipende per più rispetti da quello desiderabile circa la origine e lo scioglimento del matrimonio, e che le difficoltà si riverberano dall'una parte sull'altra facendo dipendere per lo più da un regolamento complessivo e coordinato del diritto di famiglia il conseguimento del fine che si propone il diritto internazionale privato.

Questo fine sarebbe raggiunto per quanto riguarda il riconoscimento negativo del diritto straniero se tutte le legislazioni avessero adottato i principii del diritto italiano dalla cui massima generale proclamata nell'articolo 6 preliminare quel riconoscimento risulta come una conseguenza necessaria nei singoli rapporti particolari. Così nel giudicare in Italia della attitudine di un figlio illegittimo spagnuolo, ad essere riconosciuto, la si negherà come di incestuoso non solo se esso sia nato da fratello e sorella, ma anche se sia stato procreato da cugino e cugina. (1) Ma, pur deciso se un figlio

(1) Legge Spagnuola del 1870. Articolo 6, 1° e 2°.

sia o non sia suscettibile di riconoscimento, il modo di questo porge occasione a nuove difficoltà. Tutte le legislazioni infatti vanno d'accordo nell'escludere dalla famiglia il figlio incestuoso; la massima parte di esse si incontrano nel non volere riconosciuto quello adulterino e nell'ammettere il riconoscimento degli altri figli illegittimi. Anche i codici che, come l'italiano ed il francese, per motivi del resto discutibili, di ordine pubblico e di moralità, si mostrano sfavorevoli al figlio naturale, pur ne ammettono il riconoscimento per atto volontario di chi lo ha procreato ed anche il diritto russo che non ne ammette il riconoscimento da parte del padre, ne consente però l'adozione. (1) Ma circa il modo ed i limiti di tempo del riconoscimento le diverse leggi si distinguono molto notevolmente.

573. — Ma il maggiore dissidio si manifesta rispetto al riconoscimento forzato. Il diritto francese ammette bensì, eccettuati i casi di adulterio e di incesto, la ricerca della maternità, ma respinge quella della paternità all'infuori dei casi in cui vi sia stato ratto corrispondente all'epoca presunta del concepimento; (2) la stessa disposizione è riprodotta dal diritto vigente ancora in Polonia (3) e nei paesi russi retti dallo *Sood* il divieto è più assoluto ancora. (4) Il codice italiano (5) aggiunge al caso del ratto quello dello stupro violento, modificando soltanto in ciò la disposizione dell'articolo 340 del Codice Francese.

La dottrina e la giurisprudenza variano però tanto in Francia quanto in Italia circa il significato ed i limiti che debbano attribuirsi a tale proibizione, ammettendosi da alcuni che debba respingersi ogni azione avente per conseguenza una prova anche indiretta della paternità naturale, e da altri che la prova dei fatti relativi a quest'ultima debbasi respingere quando abbia per iscopo diretto la dichiarazione giudiziale della paternità stessa, ma ammettere quando abbia per oggetto immediato un altro fine come sarebbe la concessione di un'indennità alla madre. Il Laurent (6) ed il Gabba (7) si pronunciano per la negativa anche in quest'ul-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 80.
(2) Articolo 340 e segg.
(3) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 84.
(4) L. c., pag. 79-81.
(5) Articolo 189.
(6) L. c., vol. IV, pag. 91.
(7) Fôro Italiano, 1881, I, 629.

timo caso e la loro opinione sembra la preferibile. Sarebbe infatti giusto ammettere la ricerca della paternità naturale, sarebbe equo, anche in un sistema che normalmente la respinge, l'ammettere la prova dei fatti come mezzo d'un'azione per indennità intentata dalla donna sedotta, ma quando la legge è così genericamente espressa come l'articolo 340 del codice francese e l'articolo 180 del codice italiano, ai magistrati null'altro resta a fare se non fedelmente applicarla. Giudicandosi diversamente il figlio potrebbe invocare quella sentenza e l'articolo 193 del Codice Civile per domandare gli alimenti, e siccome questi non sono se non una prestazione obbligatoria derivante dal vincolo famigliare, così ne risulterebbe ammessa nei suoi effetti, in onta alla legge, la ricerca della paternità naturale.

La giurisprudenza francese, pronunciatasi dapprima assolutamente in senso negativo, si è convertita da quasi mezzo secolo in gran maggioranza alla soluzione affermativa, ed in Italia si pronunciò nello stesso senso due volte la Corte di Cassazione di Torino (1) giudicando che il divieto « riflettente l'azione che venga promossa direttamente nell'interesse del figlio, non possa essere esteso per via di analogia a quell'azione, che, pure avendo con essa qualche attinenza, è proposta nel personale interesse della donna sedotta ed ha un ben diverso obbiettivo qual'è il risarcimento del danno derivato dalla patita seduzione ». Da tuttociò apparisce chiaramente come anche in questa materia della ricerca della paternità possano trovarsi in conflitto legislazioni che apparentemente hanno sancita la medesima regola.

La soluzione del diritto italiano fu adottata anche in Serbia dalla legge del 7 Maggio 1868, la quale modificò in questo senso l'articolo 130 del Codice Civile che vi permetteva la ricerca della paternità.

Invece in Inghilterra, negli Stati Uniti, in buona parte della Germania e della Svizzera, in Spagna, in Portogallo e nella Scandinavia la ricerca della paternità è permessa. In Inghilterra originariamente l'ammissione dell'azione si fondava sull'interesse pubblico richiedente che il minor numero possibile di individui

(1) 29 Marzo 1881 e 11 Ottobre 1887, Zavanella c. Delegà, *Annali di Giurisprudenza Italiana*, 1887, I, pag. 576-7. Legge 1888, pag. 44-46 e nota del Giriodi.

nati nel territorio venissero posti come poveri a carico della parrocchia; ma ora quell'azione vi è considerata come derivante da un diritto dei figli verso i genitori. (1) Lo stesso principio prevalse nei paesi germanici dove, ammettendo la ricerca della paternità, si credette rispettare nel tempo stesso il diritto dei figli innocenti delle colpe paterne e la moralità del convivere sociale. Il Lehr (2) riferisce come un modello di regolamento della ricerca della paternità le disposizioni del codice di Zurigo (3) simili a a quelle dei codici austriaco e sassone e di quello di Soletta e dei Grigioni.

A Zurigo la donna non maritata divenuta incinta, ha diritto d'imputare la paternità a chi fu causa materiale del suo stato; dopo il parto e nel termine di sei settimane, essa non può agire se non si trovava unita all'autore della gravidanza dai vincoli di regolari sponsali o se non è in grado di presentare un formale e scritto riconoscimento di paternità da parte del convenuto. La domanda è presentata al pastore (4) del domicilio della attrice che ne informa l'autorità municipale ed il convenuto invitandolo a dichiarare se riconosca la paternità. Nel caso affermativo il pastore veglia perchè questa sia regolarmente constatata e ne avvisa il tribunale di distretto che dichiara il convenuto padre del fanciullo e partecipa tale dichiarazione alla madre. Nel caso contrario il pastore rimette la causa al tribunale del domicilio del convenuto. La domanda è respinta se all'epoca del concepimento del fanciullo di cui si tratta, il convenuto aveva meno di sedici anni; se l'attrice sapeva che a quel tempo egli era maritato; se l'attrice era maritata; se essa da principio aveva designato come padre un altro, ad eccezione del caso in cui vi sia stata indotta dalla violenza o dai raggiri del convenuto; se nei due ultimi anni la attrice ha esercitato il mestiere di prostituta, o si è data per mercede ad altri uomini od ha frequentato case sospette; e se infine per causa della sua vita dissoluta, delle condanne già subite per adulterio o della seduzione esercitata sul convenuto, l'attrice deve ritenersi indegna di esercitare quell'azione. Se invece l'azione è riconosciuta, per la

(1) Bastardy Laws Amendement Act, 1872. Guthrie, l. c., pag. 255, n. *b. b.*

(2) *Dr. Germ.*, pag. 393 e segg.

(3) Articolo 284 e segg.

(4) La redazione del codice è anteriore alla legge sullo stato civile.

mancanza delle circostanze accennate, ammissibile e, per le circostanze della causa, fondata, il convenuto è condannato ad adempiere verso il fanciullo di cui si tratta, i doveri che la legge impone ai padri naturali.

Il diritto scandinavo è ancora più rigoroso verso questi ultimi: le leggi dei tre regni possono però alla loro volta suddistinguersi in tre diverse gradazioni di rigore. Quando una donna designa taluno come padre del proprio figlio esso viene ammesso a negare la propria paternità con giuramento; se egli non aderisce a prestarlo il suo rifiuto è giudicato equivalente ad una confessione di paternità; se non che in Svezia il giuramento è imposto soltanto quando vi sia un principio di prova, in Danimarca la madre può far deferire il giuramento anche senza appoggiarsi ad alcun principio di prova; e, mentre in Danimarca ed in Svezia è necessario agire in giustizia per far deferire il giuramento, in Norvegia questo può essere imposto dall' autorità amministrativa all' individuo designato come padre. (1)

574. — La disformità delle varie leggi circa il modo del riconoscimento persiste anche circa gli effetti del riconoscimento stesso; ma non è sempre più generosa nell'attribuzione di diritti ai figli naturali, la legge di quei paesi che più facilmente li ammettono a ricercare la paternità; anzi talora vien loro concessa maggior somma di diritti famigliari nei casi di riconoscimento dalle leggi che limitano maggiormente la possibilità ed il numero di tali casi. Così in Italia il figlio naturale è considerato come appartenente alla famiglia del genitore che lo ha riconosciuto ed assume il nome di quest'ultimo o quello di entrambi se fu riconosciuto da entrambi i genitori; (2) soltanto se si trattasse di figlio naturale di uno dei coniugi nato prima e riconosciuto durante il matrimonio, esso non potrebbe venir introdotto nella casa coniugale se non col consenso dell'altro coniuge, salvochè questi avesse già prestato il suo consenso al riconoscimento. (3) È vero che la condizione del figlio naturale riconosciuto in Italia non può identificarsi con quella del figlio legittimo, che l'autorità esercitata su quello dai genitori prende nome di tutela legale (4) anzichè di patria potestà, e che nelle

(1) Beauchet, *Bulletin de Jurisprud. Norvégienne, Journal de Dr. Int. Privé,* 1883, pag. 646-9.

(2) Art. 185, C. C. — (3) Art. 183. — (4) Art. 184.

successioni i figli naturali hanno diritto alla metà della quota che sarebbe spettata loro se fossero legittimi; pure, soltanto rispetto a questi ultimi, essi trovansi in una condizione d'inferiorità, ma sono considerati del resto come membri della famiglia. Anche la limitazione dei loro diritti che fa il codice francese (1) ammettendoli soltanto a pretendere un terzo di quota se concorrono con figli legittimi, alla metà se con fratelli o sorelle del defunto, ed a tre quarti se non concorrono nè con ascendenti nè con fratelli nè con sorelle, è attenuata dal codice italiano nei due primi casi ed omessa nell'ultimo.

Ben diverso è il diritto di paesi che ammettono la ricerca della paternità quando si tratta di enumerare gli effetti che dal riconoscimento volontario o forzato derivano. Secondo il codice delle Provincie Baltiche (2) i figli naturali quantunque riconosciuti, non hanno alcun diritto a portare il nome del padre e non ne seguono la condizione; essi non portano nemmeno *ipso jure* il nome della madre, ma questa può loro imporre qualunque altro nome, purchè non sia quello di una famiglia nobile conosciuta. Il padre e la madre sono tenuti entrambi a concorrere al mantenimento ed all'educazione del figlio, e tale obbligo dura per il padre finchè quello abbia bisogno di assistenza, ma trattasi piuttosto di un rapporto creditorio del figlio che non di una relazione di famiglia propriamente detta. Anche nel diritto germanico al riconoscimento forzato del figlio naturale non corrisponde un vero rapporto famigliare col padre che lo riconobbe o cui fu attribuito; esso è per lo più (3) escluso dai diritti di famiglia e di parentela, non può pretendere nè al nome di famiglia del padre nè alla sua nobiltà, allo stemma od alle altre prerogative dei suoi genitori; porta il nome di famiglia della madre; e soltanto il diritto moderno fece scomparire quelle incapacità di coprire certi uffici e di essere insigniti di certi onori, che nel diritto prevalente in Germania avvilivano la condizione dei figli illegittimi. In Ispagna il riconoscimento dei figli naturali può essere anche forzato e risultante da una sentenza, ma tanto poco il rapporto che deriva da quello può dirsi una relazione di famiglia, che la successione del padre non spetta ai figli naturali

(1) Articolo 757.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 79-85.
(3) Codice austriaco, § 165 e segg.

se non in mancanza di figli legittimi ed anche in questo caso essi vengono legittimati con ordinanza reale per essere messi in grado di raccoglierla; che se al defunto privo di figli legittimi sopravvive la moglie, essi non possono raccogliere colla loro madre se non un sesto della successione paterna; e che infine la madre sola può destinare la porzione disponibile a beneficio dei figli naturali, mentre il padre non può avvantaggiarne se non i soli figli legittimi. (1)

575. — Finalmente nella Scandinavia dove abbiamo notato quanto facile sia la ricerca della paternità e quanto rigorosa sia la legge verso il padre naturale, tuttociò produce piuttosto l'effetto di regolare e sanzionare l'obbligo dei genitori di mantenere ed educare i figli naturali, che non quello di istituire fra gli uni e gli altri un vero rapporto di famiglia. Nè in Danimarca nè in Svezia il figlio naturale eredita la nobiltà dei proprii genitori; non può secondo il diritto dano-norvegese essere battezzato col nome di famiglia del padre, ed è soltanto scorso un secolo dacchè fu fatta scomparire dal suo battesimo la nota di infamia imposta dalle leggi di Cristiano V. Nei casi nei quali la condizione del figlio naturale deve dipendere da quella dei suoi genitori, egli segue sempre quella della madre; normalmente esso non succede in Svezia nè al padre nè alla madre; in Danimarca esclusivamente a quest'ultima ed ai parenti materni; soltanto in via eccezionale esso può succedere alla madre e non ai parenti materni in Svezia, ed in Danimarca al padre ed ai parenti. Alla madre spettano verso i figli naturali i diritti ed i doveri di educazione, e l'obbligo del padre si riduce soprattutto a contribuire al mantenimento del figlio. Non appena questo sia riconosciuto, in Svezia il tribunale ed in Danimarca e Norvegia l'autorità amministrativa, fissa la quota della contribuzione del padre che è normalmente corrispondente alla metà delle

(1) Lehr, *Dr. Civ. Espagn.*, pag. 460-3, e 466-8. — Nello Stato di Ohio il padre naturale non può essere costretto a provvedere al mantenimento del figlio se la madre divenne durante la gravidanza moglie di un altro che non ignorava la condizione di lei. Tale regola però vi si applica alle azioni rette dall'*atto* sui figli naturali e non già nelle questioni di successione; sicchè il figlio naturale che trovisi in quelle condizioni speciali è più favorito nei riguardi dei beni del padre ed in confronto degli altri eredi dopochè questo è morto, che non nei riguardi di lui finchè vive. Corte Supr. dell'Ohio 3 Novembre 1885. Miller c. Anderson. Alb. Law Journal vol. 33, pag. 43.

spese necessarie al mantenimento ed alla educazione del figlio, e può essere più elevata e comprendere anche la totalità delle spese quando la madre sia morta e non si trovi in condizione di allevare il figlio. L'obbligo di contribuzione del padre dura in Norvegia finchè il figlio non ha 15 anni; (1) in Danimarca fino ai quattordici ed in Svezia finchè il figlio non possa sopperire da sè ai proprii bisogni. I due genitori possono fissare di comune accordo la loro parte contributiva; ma quando tale accordo non si verifichi e la misura della contribuzione debba determinarsi dall'autorità giudiziaria od amministrativa, e sia noto che più persone abbiano avuto intimi rapporti colla madre all'epoca presunta del concepimento sicchè la paternità non possa con verosimiglianza attribuirsi all'una di quelle piuttostochè all'altra; il diritto dano-norvegese decide ch'esse debbano contribuire tutte insieme al mantenimento del figlio senza che la somma totale da fornire possa superare quella che sarebbe imposta a chi risultasse con certezza il padre del minore in questione. In Svezia invece viene validamente sostenuto il principio che non si possa ammettere una persona imputata di paternità naturale a provare che la madre ebbe rapporti con altri. (2)

Da tutto ciò risultano due ordini di differenze che si potrebbero dire alternate, fra le leggi che riguardano il riconoscimento dei figli naturali e la ricerca della paternità: da un lato limitazione di quello e quasi assoluta negazione di questa, ma buona parte dei diritti di famiglia concessi ai figli naturali riconosciuti; dall'altro facilità di riconoscimento anche forzato mediante la ricerca della paternità, ma concessione ai figli per tali guise riconosciuti di una molto minor somma di diritti famigliari.

576. — Nel regolamento internazionale della figliazione naturale e dei modi del suo riconoscimento riscontriamo, come già in quello della disciplina coniugale e del divorzio, due fattori che sovente si combattono; d'un lato si riconosce che trattasi di materia interessante lo statuto personale, dall'altro si sente che essa interessa in grado eminente anche la pubblica moralità e l'ordine giuridico dello Stato; nè è ben definito il dominio della legge dell'atto e di quello della persona, l'elemento cioè essenziale e quello

(1) Legge del 6 Giugno 1863, art. 4.

(2) *Enciclopedia Giuridica Norvegese*, pag. 54 e 400, ap. Beauchet, l. c.

formale del riconoscimento. Così se ad un francese nasce un figlio naturale all'estero, non solo si applicheranno in Francia le regole del diritto francese per vedere se egli avesse l'attitudine a riconoscere quel figlio, non solo si negherà secondo il diritto francese al riconoscimento qualunque effetto rispetto alla moglie ed ai figli legittimi ogni qualvolta il figlio sia nato prima ma il riconoscimento sia avvenuto dopo il matrimonio del padre con una donna diversa dalla madre di lui, ma anche il valore dell'atto di nascita come prova di un riconoscimento implicito, sarà giudicato secondo il diritto francese invadendo così col diritto della persona il campo riservato a quello delle forme. (1) Da ciò deriva che una volta riconosciuto nel paese cui un individuo appartiene (territorio della patria o del domicilio secondo i casi) il suo stato di figlio naturale, questo stato, prescindendo da ogni attuale rapporto obbligatorio e da ogni rapporto relativo agli immobili, sia egualmente riconosciuto, in omaggio al rispetto dei diritti acquisiti, in ogni altro paese; ma che rispetto al modo di stabilire l'esistenza di tale stato, si ammetta facilmente dai magistrati di un paese l'impero estraterritoriale dei divieti della legge personale dello straniero insieme coll'impero dei divieti della legge propria; ma non l'impero estraterritoriale delle facoltà di ricerca concesse dalla legge straniera e non ammesse da quella del paese dove essi giudicano.

Così in Italia non si ammette uno straniero ad invocare rispetto ai suoi figli naturali diritti che la sua legge d'origine non gli accordi, (2) e si riconosce la legge del padre come regolante le questioni di paternità e di figliazione; (3) ma rispetto alla ricerca della paternità prevale anche sugli stranieri il diritto locale che la vieta, al loro diritto patrio che eventualmente la permetta, (4)

(1) Tribunale Civ. di Bordeaux 26 Febbraio 1886. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 316-320.

(2) Tribunale Civile di Roma 24 Ottobre 1884, Hugo c. Ferniani e Ferrantini, *Monit. dei Tribunali* di Milano, 1885, pag. 9.

(3) Corte d'Appello di Lucca, 20 Giugno 1877. Lazzoni c. Bruni, *Annali*, XI, II, 450; Corte di Cassazione di Firenze 25 Aprile 1878. *Annali*, XII, I, 340; Corte di Cassazione di Palermo 13 Ottobre 1882, *Annali*, XVII, I, 105, e Corte d'Appello di Venezia, 30 Dicembre 1884, Vitarelli c. Maderni. Temi Veneta, 1885, pag. 41-6.

(4) *Annali*, 1883, I, 1. pag. 105-7.

per effetto della solita eccezione dell'ordine pubblico. Tale riserva costituisce un'eccezione al riconoscimento del principio personale anche negli Stati che a questo consentano un più largo campo d'azione. Non si trascorre però in questo senso fino all'esagerazione di proibire allo straniero di invocarvi una dichiarazione di riconoscimento validamente ottenuta nel proprio paese, a quella stessa guisa che non gli si nega di provare la sua figliazione legittima con mezzi consentiti dalla sua legge nazionale e diversi da quelli ammessi dalla legge territoriale. (1)

Ma a questo punto possiamo ricordare quanto dicemmo a proposito del divorzio, per affermare che il rispetto dei riconoscimenti di stranieri avvenuti validamente nel loro paese, non è tutto quanto si può pretendere dalle leggi dei nostri paesi. Infatti per effetto dei due principii dell'ordine pubblico e della personalità, applicati entrambi secondo i casi con diversa proporzione, vi resta sempre la contraddizione derivante dal considerare il divieto della ricerca della paternità come personale per i nazionali e territoriale per gli stranieri, in guisa che questi ultimi vi siano sottomessi nel nostro territorio in virtù d'una applicazione differenziale di quella stessa legge che vi considera obbligati i nostri sudditi quantunque viventi nel territorio loro.

Ora ciò non risponde ad un concetto esatto nè dell'ordine pubblico, nè dei mezzi necessarii per conseguire un accordo nei rapporti di diritto internazionale privato. Ritenere che una norma proibitiva interessi perchè tale l'ordine pubblico più che una norma permissiva, è del tutto assurdo; come nessuno può dire che tendano meno alla morale della società i fini del legislatore che ammette il divorzio in confronto di quello che lo proibisce, così non si può fare una distinzione di maggiore o minore nesso coll'ordine pubblico fra le leggi che accolgono e quelle che ripudiano la ricerca della paternità. La via scelta è diversa, ma è identico lo scopo; e nel dominio del diritto internazionale la caratteristica dell'indole di una disposizione trovasi nello scopo della disposizione stessa; nè tale caratteristica deve ricercarsi nell'apprezzamento della sua bontà intrinseca rispetto alla quale i singoli legislatori sono l'uno verso l'altro reciprocamente incompetenti a pronunciare un giudizio fuori dei limiti della società che devono governare. Sarebbe

(1) Corte di Pau, 17 Gennaio 1872; Weiss, l. c., pag. 731.

dunque necessario che tale verità fosse riconosciuta perchè si trovasse una base d'accordo ed un modo d'evitare i conflitti in un criterio unico applicabile a tutte le leggi relative alla figliazione naturale; e tale criterio non potrebbe essere se non il seguente: Poichè è giusto negare nel nostro territorio allo straniero ogni forma e modo di riconoscimento non conosciuto dalla nostra legislazione, è pur giusto che ogni altro Stato retto da leggi diverse applichi queste ultime anche al nostro suddito che agisce nel suo territorio, e che noi riconosciamo la validità di tale applicazione in virtù di quello stesso principio in forza del quale abbiamo applicata agli stranieri nel nostro territorio la legge nostra. (1) In questo senso è meritevole di encomio una sentenza della Corte Suprema austriaca del 26 Settembre 1882 (2) che giudicò non essere il concepimento di un figlio un atto giuridico cui debba applicarsi l'articolo 37 del codice austriaco, secondo il quale un atto compiuto fra stranieri in paese straniero è retto dalle leggi del territorio dove è avvenuto, ma piuttosto doversi ritenere la coabitazione fuori di matrimonio ed il concepimento che ne è la conseguenza come fatti le cui conseguenze giuridiche rispetto al padre sono regolate dall'articolo 1328 del codice civile austriaco secondo il quale chi seduce una donna e ne ha un figlio è obbligato a pagare le spese del parto ed a mantenere la prole. Nel caso concreto trattavasi di rapporti fra bavaresi la cui legge patria ammette pure la ricerca della paternità; ma la sentenza non sarebbe stata diversa se si fosse trattato di rapporti formatisi fra sudditi di un paese che non la ammettesse; infatti la Corte Suprema rifiutò di prendere in esame le leggi bavaresi, affermando non doversi applicare al caso in questione se non le leggi austriache.

577. — Non mancano, anche in paesi che ammettono la ricerca della paternità, disposizioni che sanciscono un maggiore rispetto per la legge diversa del paese cui appartengono gli stranieri. Il codice del Cantone di Vaud (3) stabilisce che « l'azione in paternità d'un cittadino contro uno straniero non sarà ammessa, quand'anche lo straniero confessi la paternità, se non quando consterà che l'aggiudicazione che ne seguirebbe sia valida anche nel

(1) Cfr. Fiore, *Dir. Int. Priv.*, IIa ediz., pag. 204-6.
(2) Lyon-Caen, *Bulletin de la Jurisprudence Autrichienne. Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 464-6.
(3) Articolo 197.

paese del padre straniero. Fuori di questo caso il fanciullo apparterrà alla madre senza pregiudizio dell'azione d'indennità che potrà esercitare contro lo straniero ». (1) Il regolamento del consiglio di Stato del Cantone di Friburgo del 31 Luglio 1877 dispone (2), circa il riconoscimento dei figli naturali di padre straniero, che se il riconoscimento ha luogo davanti ad un notaio od al presidente del tribunale, esso non può essere iscritto nel registro se non mediante autorizzazione del consiglio di Stato, il quale inizia negoziati per sapere se il riconoscimento sarà tenuto per valido nel paese d'origine del padre; e quando ciò non possa avvenire, il figlio è attribuito alla madre nei riguardi del nome e della cittadinanza facendosene menzione nei registri dello stato civile. (3) Ma non è sperabile che un tale rispetto della legge nazionale diventi comune agli Stati che ammettono la ricerca della paternità, se quelli che la respingono non applicano, con eguale rispetto, agli stranieri la legge straniera; nella stessa Svizzera le autorità del Cantone di Neuchatel dove la ricerca della paternità non è ammessa, si rifiutano di dar esecuzione a sentenze d'altri cantoni che abbiano attribuito ad individui, pur non appartenenti a Neuchatel, un figlio naturale; (4) eppure da un identico rispetto della legge nazionale, o da un identico criterio di estensione dell'ordine pubblico dipende la risoluzione di questo conflitto relativo alla ricerca della paternità. Altri ne possono sorgere circa la competenza a giudicare fra stranieri in tale questione di stato, circa alla prevalenza della legge nazionale, o di quella del domicilio del genitore che riconosce o cui il figlio è attribuito, nel regolare le conseguenze del riconoscimento; ma su questi non si potrebbe se non ripetere quanto fu detto trattando dello stato della persona, (5) della condizione degli stranieri (6) e delle regole votate dall'Istituto di Diritto Internazionale. (7)

(1) Fiore, l. c., pag. 206-7. — (2) Art. 4 e 5.

(3) *Annuaire de Lég. Étrang*, 1879, pag. 577.

(4) Così la Corte d'Appello del Cantone il 26 Marzo 1881 nel caso di una sentenza del Trib. di Soletta attribuente un figlio naturale da un Bernese domiciliato a Neuchatel. Roguin, *Bulletin de la Jurisprudence Suisse, Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 115.

(5) V. vol. II, parte I, pag. 240-295.

(6) V. vol. II, parte I, pag. 221 e segg.

(7) V. vol. II, parte I, pag. 59-60.

578. — È naturale che la legittimazione per matrimonio susseguente non sia ammessa dalle leggi di quei paesi nei quali si ignora un vero riconoscimento dei figli naturali; che tale infatti non può dirsi la semplice azione per gli alimenti. In Inghilterra la legittimazione non può risultare se non da un atto del Parlamento, ma non dal matrimonio. E lo stesso diritto vige anche in Irlanda e nelle principali dipendenze inglesi delle Indie Occidentali. (1) Soltanto quando di un matrimonio inglese antecedente alla nascita dei figli sia o possa essere contestata la validità, i coniugi od i figli ad essa interessati possono domandare alla « Corte per il divorzio e le cause matrimoniali » un decreto dichiarante la legittimità della prole; e la Corte ha competenza per emanare un decreto dichiaratorio della legittimità o illegittimità di un individuo o della validità o invalidità del matrimonio nel modo che le sembra opportuno. (2) Il diritto russo respinge pure la legittimazione per matrimonio susseguente dichiarando che i figli nati fuori di matrimonio restano illegittimi anche quando i loro genitori si unissero in matrimonio regolare. (3) Invece secondo il codice delle Provincie Baltiche ogni figlio naturale è legittimato dal matrimonio susseguente dei suoi genitori ed acquista a partire dalla celebrazione di quello, tutti i diritti di famiglia e di successione appartenenti ai figli legittimi; (4) così avviene secondo il codice danese (5) e secondo la legge polacca del 1825, la quale dispone che i figli nati fuori di matrimonio e non incestuosi od adulterini potranno essere legittimati dal matrimonio susseguente dei loro genitori, quando questi li abbiano legalmente riconosciuti prima del matrimonio, o li riconoscano nell'atto della celebrazione, o li lascino nel possesso permanente dello stato di figli legittimi.

In Scozia la legittimazione per susseguente matrimonio è ritenuta un beneficio della legge ed una conseguenza dei fatti e delle circostanze indipendentemente dall'intenzione dei genitori e dei

(1) Guthrie, l. c., pag. 308.

(2) Legitimacy Declaration Act. 2 e 22 Vict. c. 93, I Sez. ap. Garnier. l. c., pag. 29, Appendice.

(3) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 77-8. Art. 132 dello Svod.

(4) Cod. Balt., art. 173.

(5) Cod. Danese, 5, 2, 32; V. Beauchet, *Bulletin de la Jurisprudence Danoise*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 227. Decis. dell'Alta Corte del 24 Marzo 1886, Ritzau c. Soldath.

figli (1) e senza che vi faccia ostacolo l'esistenza di un altro matrimonio intermedio. La « Court of Session » di Scozia discusse tale questione nella causa Kerr c. Martin (2) nella quale si trattava appunto di un figlio naturale, uno dei cui genitori aveva dopo la nascita di lui sposato una terza persona e, restato vedovo di questa, s'era rimaritato coll'altro genitore. Quantunque le opinioni fossero divergenti il tribunale decise a maggioranza che il matrimonio intermedio non faceva ostacolo alla legittimazione.

Questa è ammessa pure, fra i possedimenti europei dell'Inghilterra, nell'isola di Man ed in quelle di Guernsey e di Jersey, e, fra quelli fuori d'Europa, nei territori appartinenti prima all'Olanda, alla Spagna ed alla Francia e che hanno conservato il diritto primitivo: come la provincia di Quebec, Santa Lucia, Trinidad, la Guiana, il Capo di Buona Speranza, Ceylan e Maurizio. Fra gli Stati Uniti d'America essa esiste nel Vermont, nel Maryland, nella Virginia, la Georgia, l'Alabama, il Mississipi, il Kentucky, il Missurì, l'Indiana, l'Illinois, e l'Ohio e nella Luisiana. In quest'ultimo Stato gli articoli 217-8-9 del codice che la riguardano corrispondono agli articoli 331-2-3 del Codice Francese; nella Virginia una legge del 1785 subordina la legittimazione al riconoscimento a differenza del diritto scozzese. (3) Il codice francese, copiato da quello della Luisiana e leggermente modificato dalle disposizioni citate del diritto polacco, dispone che il figlio naturale sia legittimato dal matrimonio de' suoi genitori purchè sia stato riconosciuto prima od almeno nell'atto che ne riferisce la celebrazione; (4) quello italiano (5) fa derivare *ipso jure* dal matrimonio la legittimazione del figlio naturale ammettendo che il suo riconoscimento possa farsi validamente anche dopo la celebrazione e gli stessi principî sono accolti nel progetto di legge brasiliano sulla legittimazione. (6) Nel diritto germanico non solo prevale lo stesso sistema, ma anche dell'antico rigore verso i legittimati non restano traccie se non nella successione al trono e

(1) Guthrie, l. c., pag, 302 n. *b*.

(2) Wheaton-Lawrence, vol. III, pag. 159.

(3) Schäffner. Entwicke lung des Int. Privatr. 1841, pag. 49 e segg. Lawrence, l. c. pag. 165.

(4) Articolo 331.

(5) Articolo 194.

(6) *Ann. de Lég. Étr.*, 1885, pag. 881, 2.

nei rapporti famigliari della nobiltà. (1) In Austria i figli nati fuori di matrimonio che sono entrati nella famiglia per effetto di susseguente matrimonio dei loro genitori, ed i loro discendenti, sono annoverati fra i figli legittimi; essi non possono però contendere ai figli legittimi nati da matrimonio intermedio nè il diritto di primogenitura, nè gli altri diritti dai medesimi già acquistati; (2) ma del resto la legittimazione deriva dal solo fatto del susseguente matrimonio ed indipendentemente dalle dichiarazioni dei genitori e dal loro riconoscimento anteriore al matrimonio. Così è in Ispagna dove le « Partidas » non hanno fatto che tradurre da una decretale di Papa Alessandro III del 1172 la massima: « Tanta est vis matrimonii ut qui antea geniti sunt post contractum matrimonium legitimi habeantur », e nell'Argentina dove lo stesso principio fu conservato nel nuovo codice civile. (3)

579. — La legittimazione *per rescriptum principis* ebbe in Inghilterra, dove si riconosce soltanto ad un Atto del Parlamento la possibilità di rendere legittimo un bastardo, la stessa sorte di quella *per subsequens matrimonium*. Nella Francia invece, dove si accolse quest'ultima, si respinse la prima, in parte per la tendenza a diminuire il più possibile le prerogative delle sovranità, in parte perchè Luigi XIV aveva screditata quella forma di legittimazione abusandone in favore dei propri figli adulterini. Essa viene ammessa all'incontro dalla massima parte delle legislazioni germaniche come dai codici wurtemberghese, sassone, prussiano ed austriaco. (4) Anche a Zurigo dove l'indole repubblicana della costituzione ne rendeva impossibile l'adozione nell'identica forma, vi si trovò un succedaneo, disponendo che dopo la morte della madre un figlio naturale possa, in seguito alla domanda del proprio padre, venir legittimato dai tribunali e sottomesso alla tutela paterna quando sia provato che verun impedimento dirimente faceva ostacolo al matrimonio dei suoi genitori, e le autorità pupillari diano, dal punto di vista dell'interesse del figlio, un parere favorevole. Nel caso che il padre sia maritato, l'altro coniuge deve essere udito. (5) Nei paesi

(1) Lehr, *Dr. Germ.*, pag. 375. — (2) C. C., § 161.

(3) Daireaux, De la condit. légale des étrangers dans la Rep. Argentine. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 297.

(4) C. C. Aust., § 162, Landr. Pruss. III, § 603-5, C. Wurt. IV, § 17; Cod. Reale Sass., art. 1780 e 2018.

(5) Cod. Civ. Zurighese, art. 232.

retti dal diritto russo non si respinge del tutto la legittimazione *per rescriptum principis* forse per effetto di un ordine di ragioni analoghe a quelle che la fecero condannare in Francia; in un paese retto come la Russia deve infatti parere tanto strano che il principe non possa far legittimo un illegittimo, quanto sembra strano che possa farlo in un paese retto, come la Francia, a democrazia. Ciononostante anche questa forma che conserva il proprio posto nel diritto russo, e cui fino al 1829 si ricorreva di sovente, divenne più tardi rarissima in seguito ad un ukase del 23 Luglio di quell'anno che proibiva alla commissione delle petizioni di accettare più oltre suppliche dirette all'Imperatore a tale scopo. Ora la legittimazione continua a concedersi alle classi non privilegiate, ma l'ukase del 1829 continua ad applicarsi alla nobiltà per impedire che i suoi privilegi si estendano a persone cui per diritto comune non spetterebbero. (1) Il codice neerlandese il quale, come il francese, ad ammettere una legittimazione per susseguente matrimonio esige che l'individuo di cui si tratta sia stato riconosciuto prima o nell'atto di celebrazione, dispone (2) che, dopo celebrata l'unione coniugale, la legittimazione possa ottenersi per decreto reale, sicchè fa un caso di legittimazione *per rescriptum principis* di quello che sarebbe nel diritto nostro un caso di legittimazione *per subsequens matrimonium*. Inoltre il principe può legittimare (3) con lettere i figli quando il matrimonio dei loro genitori sia stato impedito dalla morte di uno di questi. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso il Re delibererà dopo udito il parere dell'Alta Corte che udirà i prossimi parenti, e potrà far inserire nei giornali la domanda di legittimazione.

In Italia un decreto reale può legittimare il figlio naturale quando la domanda sia presentata da entrambi i genitori o da uno di essi; quando il genitore che la domanda non abbia figli legittimi, nè legittimati per susseguente matrimonio, nè discendenti da essi; si trovi nella impossibilità di legittimare il figlio stesso per susseguente matrimonio, e, nel caso che sia altrimenti coniugato, risulti il consenso dell'altro coniuge. (4) Se uno dei genitori ha espresso in un testamento o in un atto pubblico la volontà di legittimare i figli naturali, questi potranno dopo la morte

(1) Lehr, *Dr. C. Russe*, pag. 77, 8.
(2) Art. 329. — (3) Art. 330. — (4) Art. 198.

di lui domandare la legittimazione, semprechè al tempo della morte non esistessero altri figli legittimi o legittimati per *subsequans matrimonium* ed il genitore fosse nella impossibilità di legittimarli in quest'ultimo modo. (1) La domanda di legittimazione, prima di essere presentata all' approvazione del Re, dev' essere esaminata dalla corte d' appello e dal consiglio di Stato che deliberano la prima sulla legalità, il secondo sulla opportunità dell'atto; se il primo voto è negativo la domanda non è più oltre presa in considerazione, mentre, anche se il consiglio di Stato si pronuncia contrariamente alla domanda ciò non vincola punto la proposta del Ministero di Giustizia o la decisione del Re. (2)

In Ispagna la legittimazione *con autorisacion real* è pure limitata ai casi nei quali un matrimonio susseguente non può regolarizzare la situazione del figlio; ma la condizione che il matrimonio dei genitori sia divenuto fisicamente o moralmente impossibile, non viene ora applicata rigorosamente, purchè il Re abbia statuito con perfetta conoscenza di causa; e benchè una legge del *fuero real* esigesse che il padre non avesse legittima posterità, si richiede ora soltanto che egli nel presentare la domanda faccia menzione dell'esistenza dei figli legittimi che abbia avuto da altre unioni. (3) Uno degli effetti della legittimazione per decreto reale secondo il diritto spagnuolo, è quello di riscattare i figli dalla macchia di illegittimità che li colpisce ancora per effetto della loro nascita irregolare: l'esistenza di tale nota, fortunatamente ignorata ormai dalle legislazioni dei paesi più progrediti, spiega la ragione della legittimazione dei trovatelli pure ammessa dal diritto spagnuolo; legittimazione che non ha ragione di esistenza dovunque nei riguardi dei diritti civili nessuna differenza si fa fra figli legittimi ed illegittimi.

580. — Così rispetto all'una come all'altra forma di legittimazione possono sorgere varie occasioni di conflitti. Ed anzitutto, circa quella per susseguente matrimonio, si riterrà prevalente il concetto del diritto personale o piuttosto quello dell'ordine pubblico, nel senso che nè chi appartiene ad un paese che la ammette possa reclamarla come un effetto del matrimonio laddove non sia riconosciuta, nè chi

(1) Articolo 199.

(2) Ricci, *Corso teor. prat. di Dir. Civ.*, I, pag. 314.

(3) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 135-6.

appartenga a questi possa esimersene maritandosi in quelli? Il Laurent cita una sentenza della Corte di Cassazione francese del 23 Novembre 1857 che, cassando un giudicato della Corte di Orleans sanciva il principio della territorialità; (1) trattavasi di un inglese che aveva sposato in Francia una francese riconoscendo i figli naturali avuti prima del matrimonio. La Corte invocava a suffragio della territorialità il domicilio matrimoniale francese, la nazionalità francese della madre e l'ordine pubblico, ma siccome le due prime ragioni sono insostenibili in un paese che ammette la nazionalità dello stato personale e l'acquisto della nazionalità del marito da parte della moglie, così non restava altro argomento plausibile in favore della territorialità se non l'ordine pubblico. Ma rispetto a questo si può dire così nei riguardi del diritto francese come in quelli del diritto italiano, che mentre la legge prodiga tanto favore ai genitori da vietare la ricerca della paternità e da far dipendere la legittimazione da due atti volontarii quali sono matrimonio e riconoscimento, non si può affermare d'ordine pubblico la sua disposizione che ammette la legittimazione e non si può riconoscere al divieto della legge nazionale minori effetti che alla libera elezione degli individui. Il medesimo indirizzo si nota nella giurisprudenza inglese rispetto a quei limiti entro ai quali in Inghilterra si riconosce lo statuto personale degli stranieri. (2) Del resto la giurisprudenza francese è tutt'altro che unanime nel senso della sentenza citata dal Laurent: in condizioni identiche la Corte di Caen si pronunciò per la personalità; la Corte di Bordeaux il 27 Aprile 1877 (3) giudicava che un francese sposando una inglese in Inghilterra legittimava i figli naturali avuti da quella, e la Corte di Parigi riconosceva la legittimazione dei figli di uno spagnuolo riconosciuti dopo il matrimonio e di quelli riconosciuti tacitamente. (4) Invece il tribunale e la corte di Rouen giudicando della legittimazione di figli naturali per effetto del matrimonio seguito in Francia fra un'inglese ed una francese, ne riconoscevano la esistenza perchè « le principe invoqué du statut personnel, suivant en tout cas le sujet anglais à l'étranger, se heurte ici à un intérêt d'ordre et au

(1) Laurent, V, pag. 585-590.

(2) Laurent, l. c., pag. 594-7, 601 e Westlake l. c. § 50, 1.

(3) Dalloz, 1878, 2, 193.

(4) Cfr. Corte di Cassazione, 2 Gennaio 1879. Laurent, V, pag. 593.

droit français contraires; qu'il se rencontre ici un principe supérieur ayant sa raison d'être et sa base dans des considérations d'ordre public et qui ne saurait par cette raison être écarté». Anzi mentre il tribunale indicava tale soluzione assoluta specialmente nel caso che la madre ed i figli naturali siano francesi, la corte la formulava in termini ancor più generali. (1)

581. — Ma, anche risolta la questione relativa alla personalità dello Statuto, altri dubbi sussistono circa la determinazione di questo, e non solo circa la scelta della legge del domicilio o di quella della nazionalità rispetto alla quale si è già detto abbastanza; ma anche trattisi dell'una o dell'altra, se debba ritenersi prevalente quella del padre o quella del figlio, al momento della nascita, od a quello del matrimonio. Secondo il nostro diritto la legge regolatrice è quella nazionale al momento del matrimonio; e deve intendersi quella nazionale del padre perchè in lui si incentrano tutti i diritti della famiglia e perchè trattasi di un atto del tutto dipendente dalla volontà di lui; così può dirsi anche secondo la legge dei Paesi Bassi. (2) Il codice prussiano facendo datare la legittimazione dal momento del matrimonio e sottoponendo lo statuto della persona al diritto del domicilio, fa dipendere la validità della legittimazione dalla legge del domicilio del padre al momento del matrimonio; sicchè se prima di questo il padre muta domicilio, trasferendosi in un territorio di diritto inglese, non si può ritenere che la legittimazione risulti dal suo matrimonio.

Il Westlake cita della giurisprudenza inglese anche sentenze che combinano il divieto della legge del domicilio attuale con quello della legge di origine e secondo le quali quando un padre muta domicilio fra la nascita del figlio naturale ed il proprio matrimonio colla madre di lui, non può legittimare per matrimonio la prole secondo la legge del secondo domicilio se non è così legittimabile anche secondo la legge del primo; (3) il che implicherebbe la prevalenza della legge del tempo e del luogo della nascita su quella del tempo e del luogo del matrimonio, e della

(1) Trib. e C. d'App. di Rouen, 5 Genn. 1887. Joly c. Perkins, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 183-6.

(2) Asser-Rivier, l. c., pag. 126, n.

(3) Hudry c. Hudry, 3 giugno 1869; Westlake, Casi di diritto int. privato giudic. dai tribunali inglesi, *Revue de Dr. Int.*, vol. VI, pag. 388-404.

legge personale del figlio su quella personale del padre. Il principio identico a quello del diritto prussiano non fu ammesso senza restrizioni che dai giudici scozzesi. (1)

Anche nella Repubblica Argentina la validità della legittimazione e d'una determinata specie di essa, si fa dipendere dalla legge del domicilio, applicando le regole del diritto argentino ai figli di coloro che avevano il loro domicilio nella Repubblica al tempo della celebrazione del matrimonio, ed a quelli di chi a questo tempo aveva il domicilio fuori della repubblica le regole legali vigenti al domicilio straniero anche se il matrimonio sia stato celebrato nell'Argentina. (2)

Rispetto alla forma estrinseca dell'atto di legittimazione, devesi ritenere che di essa formino parte anche i modi e le condizioni del riconoscimento precedente o contemporaneo; così per esempio i figli nati da francesi maritati in California, dove il possesso di stato produce gli stessi effetti che il riconoscimento, devono poter dirsi legittimati anche in Francia per effetto del matrimonio dei loro genitori, invocando il possesso di stato che questi prima aveano loro attribuito. Anche su tale questione non solo variano le soluzioni da paese a paese, ma in un territorio stesso la giurisprudenza è discorde; e mentre la Corte di Parigi volle applicate a quelle condizioni le norme della personalità, quella di Besanzone vi applicò la regola *locus regit actum*; e nel tempo stesso in territorio retto dal diritto francese, due voci autorevoli, quelle del Laurent e del Clunet, si faceano udire l'una in difesa della prima (3) e l'altra in difesa della seconda. (4)

582. — Dei conflitti che possono manifestarsi nell'apprezzamento degli effetti prodotti dalla legittimazione anche in quanto, come stato puramente personale, la si riconosca, sono esempii il caso già citato di Goodman ed il caso Birthwistle c. Vardill, decisi dalla magistratura inglese, (5) dalla decisione dei quali risulta che anche per quanto riguarda gli stranieri ogni effetto non puramente personale della legittimazione resta limitato in Inghilterra ai soli beni mobili. (6)

(1) Westlake, Priv. Int. Law. § 50, 51. — (2) Daireaux, l. c.
(3) Laurent. Op. Cit., vol. V, pag. 535-7.
(4) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1877, pag. 228-232.
(5) Vedi vol. II, parte I, pag. 260-3.
(6) Westlake, l. c., § 168, 9.

La legittimazione per rescritto del principe presenta anche altri dubbî ed altre difficoltà. Poichè si tratta di un atto del potere esecutivo e non già d'un responso della magistratura, devesi ritenere quella legittimazione limitata nei suoi effetti al territorio soggetto alla sovranità da cui emana il rescritto come se questo producesse una di quelle capacità speciali (1) d'ordine politico che non possono ritenersi insite nell'intima essenza dello stato della persona? A tale domanda parmi fuori d'ogni dubbio che debba rispondersi negativamente, poichè il principe legittima il figlio naturale non già per semplice virtù del proprio arbitrio, ma perchè la legge del paese stabilisce che in quella guisa il figlio possa venir legittimato; sicchè la differenza fra le due forme di legittimazione è del tutto estrinseca, ma non v'è una vera differenza giuridica fra l'una e l'altra forma, e può della seconda ripetersi quello che si è detto della prima. Nel caso dunque in cui si adotti il criterio secondo il quale il regolamento di tali rapporti nel campo del diritto internazionale debba dipendere dalla legge del domicilio, il rescritto del principe d'un paese diverso, dove le parti abbiano la residenza; e nel caso in cui si adotti il criterio secondo il quale deve prevalere la legge nazionale, il rescritto del principe d'un altro paese, dove le parti abbiano la residenza od il domicilio; saranno considerati inefficaci rispettivamente nel paese dove le parti sono domiciliate o cui politicamente appartengono e la cui legge vieta quella forma di legittimazione. Ed a tale conclusione si giungerà non perchè quei rescritti furono ottenuti dalla suprema autorità politica del paese come un privilegio individuale, ma per effetto di quelle medesime ragioni che in condizioni analoghe toglierebbero efficacia nell'un paese che non la riconoscesse nelle proprie leggi, anche alla legittimazione derivante dal matrimonio susseguente celebrato nell'altro.

583. — L'adozione in una forma imitata o da quella antica del diritto romano o da quella più recente del diritto francese, è ormai accolta nel maggior numero delle legislazioni civili.

Il codice francese la permette (2) alle persone dell'uno o dell'altro sesso, in età maggiore degli anni cinquanta, le quali al tempo dell'adozione non abbiano figli o discendenti legittimi ed abbiano almeno quindici anni di più di coloro che si propongono di adot-

(1) Vedi vol. II, parte I, pag. 290-3. — (2) Art. 343.

tare; vieta l'adozione fatta da più persone eccettochè da due coniugi, (1) dispone che l'adozione non possa mai aver luogo prima dell'età maggiore dell'adottato che deve richiedere l'autorizzazione dei proprii genitori, se non ha ancora compiuto il venticinquesimo anno ed il loro consiglio se lo ha superato. (2) L'adozione conferisce il nome di famiglia dell'adottante, aggiunto al nome della sua famiglia originaria, all'adottato che però resta nella propria famiglia naturale e vi conserva tutti i propri diritti: (3) essa si compie davanti al giudice di pace del domicilio dell'adottante, (4) e viene in seguito autorizzata dal tribunale di prima istanza e da quello di appello, ed inscritta nei tre mesi successivi nei registri dello stato civile del luogo dove l'adottante ha il proprio domicilio. (5)

In Italia l'adozione è concessa alle persone che si trovano nelle stesse condizioni volute dal diritto francese, ma si richiede che abbiano almeno diciotto anni più dell'adottando, (6) ed in quest'ultimo si esige non l'età maggiore, ma quella di diciott'anni almeno; (7) inoltre è vietata l'adozione dei figli nati fuori di matrimonio per i quali la legge provvede colle due forme di legittimazione, a differenza del diritto francese che non ne conosce se non una sola; le parti devono presentarsi al presidente della corte d'appello, (8) per addivenire all'atto del loro reciproco consenso, che sarà ricevuto dal cancelliere della corte. A questa ne spetta l'omologazione, (9) entro due mesi dalla quale l'atto di adozione (10) sarà annotato in margine all'atto di nascita dell'adottato nei registri dello stato civile. Il carattere dell'adozione è dunque secondo entrambi i codici quello di dare un figlio all'adottante senza toglierlo ai genitori naturali, regolando colla sorveglianza della pubblica autorità questo atto che deve modificare lo stato delle persone ed i rapporti di famiglia, e determinando le differenze di età fra l'adottante e l'adottato in modo che l'atto dell'uno e dell'altro risulti ponderato e che i loro rapporti possano imitare quelli fra genitori e prole.

Lo stesso istituto, quantunque non ricorra sovente nella pratica della vita spagnuola, è disciplinato nel diritto di quel paese

(1) Art. 344. — (2) Art. 346.
(3) Art. 347, 8. — (4) Art. 353. — (5) Art. 351-60.
(6) Art. 202. — (7) Art. 205. — (8) Art. 213.
(9) Art. 216. — (10) Art. 218.

in modo più analogo a quello dell'antico diritto romano. Poichè l'adozione deve imitare la figliazione naturale, la si vieta a chi troverebbesi per impedimenti fisici o giuridici nella impossibilità di aver figli o di aver generato quel determinato figlio; come agli impotenti, a chi non ha diciotto anni più dell'adottato ed a chi ha fatto voto di castità. Nel caso della arrogazione, cioè quando si tratta di persone affrancate dalla patria potestà che vengano a trovarvisi nuovamente sottomesse, è necessaria l'autorizzazione del re; nel caso dell'adozione propriamente detta, cioè quando trattasi di creare un vincolo fittizio fra l'adottante ed un individuo ancora soggetto alla patria potestà del proprio genitore legittimo, basta l'omologazione del tribunale. (1) Secondo l'articolo 60 della « Ley del registro civil » tanto le legittimazioni quanto le adozioni devono venir iscritte in quel registro. (2)

In Prussia l'adozione deve essere confermata dal sovrano quando conferisce un nome e stemma di nobiltà; ad eccezione dei casi in cui si ottenga dispensa dai limiti di età si esige l'età di cinquant'anni in chi vuol adottare; è adottabile anche il figlio naturale; e fra l'adottante e l'adottato sorgono rapporti eguali a quelli che esistono fra genitori e figli legittimi. (3) La stessa età nell'adottante è richiesta dal codice austriaco (4) e da quello sassone; l'adottato deve avere diciotto anni meno dell'adottante in Austria ed in Sassonia, (5) e sedici secondo quello di Zurigo. (6) Il figlio naturale può essere addottato in Sassonia (7) non in Austria (8) ed a Zurigo. (9) Simile all'adozione nei diritti germanici era l'istituto della *Einkindschaft* mercè la quale un coniuge che si rimarita avendo figli del primo letto, li colloca, nei riguardi del secondo coniuge, in condizione giuridica eguale a quella in cui si troverebbero se fossero nati dal secondo matrimonio; (10) tale istituto però è ora considerato con isfavore: non esiste nel diritto

(1) Lehr, *Dr. Civ. Espagn.*, pag. 136-9.

(2) Bravo, Derecho Internacional Privado vigente en España, vol. I, pag. 109, Madrid, Nunez 1886.

(3) Landrecht Pruss. P. IIª, Tit IIº, sez. 10. Art. 666-708.

(4) § 180. — (5) § 180 e § 1791.

(6) Articolo 235. — (7) Articolo 1790.

(8) Decreto del 1816.

(9) Articolo 231.

(10) Landr. Pruss. II, 2. 717, Würtemb., Tit. III, 9.

svizzero e fu condannato anche in paesi dove da lungo tempo aveva esistito come in Baviera (1) ed in Austria. (2)

La legge polacca del 1825 conservò nelle sue norme essenziali le disposizioni del diritto francese; quella delle Provincie Baltiche ammette l'adozione in chi abbia almeno diciotto anni più dell'adottato, non abbia figli od avendone possa giustificare l'adozione con gravi motivi, e la vuole compiuta mediante una formale dichiarazione da farsi dall'adottante davanti al tribunale del domicilio dell'adottato o, se questo è minore, davanti al tribunale dei pupilli competente che deve nell'uno e nell'altro caso darvi l'omologazione. L'adottato entra nella famiglia dell'adottante, pur conservando i diritti che gli spettano nella propria, ed acquista in quella i diritti di figlio legittimo colla riserva della nobiltà la quale non si trasmette se non in seguito ad espressa conferma dell'imperatore o del corpo nobiliare cui appartiene il padre.

584. — Tale diversità fra le classi sociali che nel diritto baltico si manifesta soltanto nella riserva circa la trasmissione del titolo nobiliare, forma invece la base del diritto russo relativo a tale argomento. I nobili privi di discendenti possono ricorrere all'adozione per impedire l'estinzione del nome, purchè ottengano l'approvazione dell'imperatore; ma tale adozione non conferisce verun altro diritto, e specialmente non importa alcuna prevalenza nel raccogliere la successione dell'adottante. Invece i figli adottivi di un individuo appartenente alla classe dei negozianti godono di tutti i diritti proprî dei figli legittimi; la loro adozione è accordata dall'autorità municipale ed omologata dal Senato dirigente cui gli atti vengono trasmessi dal municipio col mezzo del governatore della provincie. Per i borghesi infine e per gli abitanti delle campagne, l'adozione è sostituita dall'aggregazione alla famiglia (pripisca) che deve essere per i primi approvata dai tribunali, per gli altri notificata alle autorità comunali. (3)

Il diritto vigente in Inghilterra non riconosce l'istituto dell'adozione e così è degli altri paesi retti dal diritto comune inglese; dell'Olanda e del Cantone di Vaud. Fra gli Stati Uniti la Luisiana,

(1) Landrecht Bav., I, 5, § 12.

(2) C. C. § 1259, « Il pareggiamento dei figli: cioè il patto col quale si attribuiscono ai figli nati da diversi matrimonî eguali diritti alla successione ereditaria, non produce alcun effetto legale ».

(3) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 87-91.

dove essa esisteva la ha abolita; (1) la hanno adottata il Rhode Island, il New Hampshire, il Massachussetts, il Connecticut, la Pennsilvania, il Wisconsin, il Texas, ed il Kansas. (2) Anche prescindendo dunque dalla diversità esistente fra questi diritti e quelli che, come la legge inglese, non conoscono l'adozione, fra quelli stessi che la ammettono molte sono le varietà notevoli e di condizioni, e di persone che possono approfittarne, e di forma.

585. — Ma anche fra Stati che abbiano identiche norme di diritto rispetto all'adozione, può sorgere il dubbio se di questo istituto di diritto civile vi possano approfittare gli stranieri. Dove, come in Italia gli stranieri sono ammessi a godere di tutti i diritti civili attribuiti ai cittadini, tale dubbio non può sussistere, ma dove, come nei paesi di diritto francese, l'esercizio dei diritti civili è riservato ai cittadini ed a speciali categorie di stranieri, sarebbe far violenza alla legge, e legiferare a proprio talento sotto il pretesto d'interpretarla, il sostenere che a tutti gli stranieri possa applicarsi l'istituto dell'adozione nei loro rapporti con cittadini dello Stato. Il Laurent sostiene a ragione la negativa e nei *Principii di diritto civile* (3) e nel *Diritto civile internazionale*. (4) Altro è infatti sostenere ch'è giusta la legge solo quando ammette la perfetta eguaglianza di diritto civile fra stranieri e cittadini, altro è dire che, date le disposizioni positive degli Articoli 11 e 13 del codice civile francese, tale eguaglianza possa dirsi ammessa in Francia dal diritto vigente e prescindendo da ogni disposizione di diritto convenzionale fondata sulla reciprocità, per gli stranieri non ammessi al regolare domicilio. Da questo punto di vista le riserve del legislatore trovano la propria applicazione, perchè il diritto di adozione è veramente un diritto civile nel senso attribuito a questo appellativo dall'articolo 11; cioè un diritto civile creato dal legislatore ed appartenente perciò a quella categoria di diritti dal godimento dei quali fu espulso lo straniero. (5)

È un errore che non si saprebbe mai condannare abbastanza quello di chi si lascia indurre a confondere, nella trattazione del diritto internazionale così pubblico come privato, i proprii desi-

(1) C. C., art. 232.
(2) Lawrence, l. c., pag. 166-7.
(3) Vol. IV, pag. 277.
(4) Vol. VI, pag. 56-59.
(5) Laurent, l. c.

derii e le opinioni di questo o di quello scrittore, coi dati positivi della legge, delle convenzioni e della pratica; in tal guisa chi legge non sa mai in qual mondo si trovi e gli accade troppo spesso di sentire un' impressione analoga a quella di chi sta leggendo un romanzo di Giulio Verne: non si riesce a vedere dove la verità finisca e dove cominci la finzione. Niuno venga che si possa fare opera egregia scrivendo filosoficamente di diritto internazionale e facendo così una specie di apostolato che sparga i germi di nuovi progressi per l'avvenire; che si possa fare opera più modesta e talora praticamente più utile raccogliendo gli sparsi dati del diritto internazionale positivo di un determinato tempo; che a questi dati sia ufficio di scrittore coscienzioso far seguire le proprie critiche e l'espressione dei proprii desiderii; ma che d'altronde il non tener ben distinti questi ultimi da quelli, il riempire coi dettami della retta ragione le lacune che si manifestano nella propria suppellettile di legislazione comparata, il voler piegare a forza l'interpretazione di questa alle esigenze di quella, sia l'opera più inutile e più facilmente produttrice d'inutili centoni in cui mente umana si possa sciupare. Questo falso indirizzo fa sì che le disposizioni così chiare del codice francese vengano tormentate in modo da far dire per forza al legislatore che può farsi l'adozione fra francesi e stranieri.

La giurisprudenza francese è invece costante nella fedele interpretazione della legge indicata dal Laurent e riconosce le adozioni di stranieri ammessi al domicilio, non perchè trattasi di un' adozione in genere, ma perchè riguarda stranieri domiciliati, nel tempo stesso che dichiara nulla ogni adozione di straniero non domiciliato. Così la Corte di Parigi (1) nel convalidare l'adozione di uno straniero da parte di un francese. Quest' ultimo viaggiando nel 1857 in Italia insieme colla moglie vi aveva raccolto un fanciullo abbandonato, conosciuto sotto i nomi di Luigi Maria Giuseppe Alì dell'apparente età di 2 anni, lo aveva educato e, verificatesi le condizioni richieste dalla legge, lo aveva adottato. Il 1° Aprile 1881 i coniugi Bertolaud adottanti si rivolsero alla Corte di Parigi per farvi confermare l'adozione già presentata dal Tribunale Civile della Senna il 9 Marzo 1881; la Corte convalidò l'a-

(1) 30 Aprile 1881, Bertolaud e Alì, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 187-9.

dozione perchè, essendo stato autorizzato l'adottato fino dal 30 Settembre 1880 a stabilire il suo domicilio in Francia, gli doveva essere riconosciuto il godimento di tutti i diritti civili. Per converso il 4 Agosto 1883 il tribunale civile della Senna dichiarava che non trovasi in tali condizioni l'adozione fatta da un francese di uno straniero. (1) Un tale Gramet francese aveva adottato l'11 Febbraio 1867 davanti al giudice di pace del secondo cantone di Bruxelles un tale Francesco Parmentier. L'adozione fu ammessa dal tribunale di prima istanza e confermata dalla corte d'appello di Bruxelles, ma il magistrato francese considerando che l'adottato era belga, che non poteva pretendere in Francia all'esercizio dei diritti civili, nè in virtù di un'autorizzazione di stabilire il domicilio, nè in virtù di una convenzione internazionale, e che l'adozione non può essere ammessa se una delle parti non gode dei diritti civili attribuiti ai cittadini, ne pronunciò la nullità. Così si verificava un conflitto fra due paesi il cui diritto regola egualmente tanto l'istituto dell'adozione in genere quanto lo stato degli stranieri in ispecie. D'un lato si aveva in Belgio un rapporto validamente contratto fra un belga ed un francese ammesso al domicilio; dall'altro si aveva in Francia un rapporto invalidamente contratto all'estero fra un Francese ed uno straniero non ammesso a stabilire il proprio domicilio in Francia; pur essendo identiche le leggi dell'adozione nei due paesi, lo stesso atto fra le stesse persone era valido nell'uno e destituito d'ogni valore nell'altro. Da ciò apparisce come le restrizioni all'esercizio dei diritti civili da parte degli stranieri non servano se non a complicare le cause di conflitti, facendone sorgere anche quando l'eguaglianza delle leggi particolari ne impedirebbe l'esistenza circa il regolamento giuridico di un dato istituto. E della necessità che quelle distinzioni siano tolte si ha pertanto una prova molto più eloquente di quella che potrebbe risultare dal sostenere mercè qualche cavillo che si possono dedurre dal diritto francese, così come ora esiste, conseguenze non volute dal legistatore, mentre da quel diritto, così come è attualmente, altre conseguenze non si possono trarre all'infuori di quelle che furono formulate nei citati responsi della magistratura. (2)

(1) Lecoq. c. Parmentier, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 179-180.
(2) Rénault, *Èxamen doctrinal*, nella *Révue Critique*, 1884, pag. 705-8.

586. — A prescindere dall'occasione che possono porgere a conflitti le disposizioni ora accennate circa la condizione degli stranieri, l'ideale del regolamento internazionale dell'adozione sarebbe che un solo criterio, tale quale lo indica la natura stessa delle cose, venisse adottato dagli Stati circa la scelta della legge che deve determinare i requisiti personali, le forme e gli effetti dell'adozione; e tale legge prescelta dovrebbe essere quella rispettiva dell'adottante e dell'adottato nel primo rispetto, la legge del luogo dell'adozione nel secondo, e nell'ultimo quella personale dell'adottante. Ai requisiti personali trovano applicazione tutte le diversità di criteri accennate nello studiare il regolamento dello stato e della capacità della persona, ma v'è inoltre occasione ad alcune osservazioni speciali rispetto all'indole ed all'estensione di quelle disposizioni che si dicono d'ordine pubblico, considerate come limite all'efficacia di quegli stessi criteri di personalità che pur sono adottati in diversa misura dalle legislazioni. Le leggi che non ammettono l'esistenza dell'istituto dell'adozione devono considerarsi di ordine pubblico, così che nel paese dove sono in vigore non possa adottare chi appartiene a Stato il cui diritto pur glielo consentirebbe, per esempio, un Italiano in Olanda od un Francese in Inghilterra? Tale questione non può essere risolta negativamente se non mediante le convenzioni consolari che indichino, nei paesi dove l'adozione non esiste, una autorità atta a riceverla colle forme necessarie secondo il diritto del paese cui le parti appartengono; e ciò è tanto più necessario in quanto che l'adozione è un atto che, dovunque lo si ammetta, non è lasciato alla libera iniziativa delle parti, ma è disciplinato sotto la tutela delle pubbliche autorità.

Se convenzioni apposite non esistono, è evidente che non si possa procedere da stranieri ad adozioni dove queste non sono ammesse dalla legge del paese. È vero bensì che l'atto di volontà potrà essere fatto approvare dalle autorità del paese d'origine secondo le norme della legge patria, ma in tal caso sarà pur necessario ricercare quale criterio sia adottato nel paese della residenza per il regolamento dello statuto personale; se quel criterio non fosse quello della nazionalità la adozione non vi potrebbe sortire verun effetto.

Quale carattere ha il divieto di adottare il figlio naturale? Questa incapacità personale, cui la nostra legge sottopone gli ita-

liani anche all'estero, obbliga anche nel nostro paese gli stranieri cui la legge patria non la imponga? I termini vaghi del nostro codice rendono difficile la risposta; però par più plausibile quella affermativa: quel divieto infatti riguarda la persona, dunque deve seguire l'italiano all'estero; contiene una disposizione proibitiva riguardante le persone, dunque nel Regno non è possibile derogarvi. Credo però che una modificazione della legge in termini più equi non sarebbe difficile. O si potrebbero limitare le disposizioni dell'articolo 12 rendendone meno vaga la dizione così da garantire maggiore rispetto al diritto personale degli stranieri, ed in tal caso si tratterrebbero gli stranieri nel regno alla stessa stregua di quanto si pretende per gli italiani all'estero senza offesa alcuna alle basi della nostra società che non pericolerebbe perchè uno straniero, per esempio francese, che non può legittimare per rescritto del principe un figlio naturale lo adottasse nel nostro territorio. Oppure si potrebbe concepire l'articolo 12 in termini generali analoghi a quelli dell'articolo 6. Rispetto al diritto delle persone mentre il codice francese proclamò il principio di nazionalità per i francesi all'estero, il nostro lo proclamò come un principio applicabile a tutti gli uomini in generale nella loro attività giuridica fuori del proprio paese; a questa stessa guisa invece di enunciare certe categorie di leggi nostre che hanno virtù di neutralizzare l'effetto nel Regno d'ogni legge o d'ogni contrattazione contraria straniera, si potrebbe formulare a quali categorie di leggi debba essere in genere riconosciuta l'attitudine ad arrestare ai confini di un territorio ogni effetto di legge o di contrattazione contraria straniera. Un tale articolo sarebbe la vera formula dei limiti alla personalità sancita come regola generale dall'articolo 6, ad un criterio internazionale della personalità, si troverebbe contrapposto un criterio internazionale dell'ordine pubblico. Allora non esisterebbe più la contradizione derivante dal pretendere estraterritoriale per i proprii sudditi come personale una norma, che si considera nel tempo stesso come d'ordine pubblico e territoriale per gli stranieri che agiscano nel nostro territorio; allora si riconoscerebbe nel caso che ora ci occupa la adozione del figlio naturale fatta da un italiano domiciliato in Francia, per quelle stesse ragioni che ci fanno vietare l'adozione stessa al francese in Italia. Ma non è questa la soluzione consentita dallo stato attuale del diritto; e negli Stati che accolsero nelle

leggi un tale divieto esso continua ad essere considerato personale per i sudditi e territoriale per gli stranieri.

587. — In quanto riguarda le forme par più facile l'accordo nell'adozione della regola *locus regit actum*; infatti se questa è in così larga misura riconosciuta rispetto al matrimonio, a più forte ragione devesi riconoscerla nell'adozione che ha pur forme solenni certo di non maggiore importanza. Pure non meno che nel matrimonio, anche in questo rapporto porge occasione a conflitti quella distinzione fra le varie specie di forme, per cui quelle ritenute abilitanti e solenni si vogliono ascrivere allo statuto personale. Così nel caso Parmentier, il tribunale, oltrechè dichiarare nulla l'adozione per effetto della estraneità dell'adottato, aggiunse che il controllo dei tribunali francesi era necessario per causa delle obbligazioni reciproche, che risultano dall'adozione. Il Rénault a ragione critica una tale pretesa. « Cela, egli dice, est inutile à dire et cela est contestable ». (1) Se l'adottato Parmentier fosse stato francese invece di essere belga e se l'adozione fosse avvenuta regolarmente in Belgio, perchè non se ne riconoscerebbero gli effetti in Francia quando le condizioni essenziali volute dalle leggi francesi fossero state osservate? Non si tratta di una sentenza resa in materia contenziosa per la quale fosse necessario ottenere l'*exequatur* nei termini voluti dagli articoli 21, 23 del codice civile e 546 del codice di procedura civile. L'intervento della giustizia ha per iscopo di dar maggiore solennità ad un atto così importante e di constatare l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge; ma sembra difficile ammettere *a priori* che l'atto di adozione non produca verun effetto in Francia per ciò solo che non fu sottomesso al controllo dei tribunali francesi. (2)

Nel regolamento degli effetti dell'adozione pare logico il predominio della legge personale dell'adottante che nel rapporto semifamigliare creato coll'adozione risulta il capo della famiglia. Ma tale prevalenza della legge personale resta limitata nel diritto attuale non solo dalle norme inglesi, tedesche ed americane circa il domicilio, (3) ma anche da quelle francesi rispetto alle conseguenze sui beni immobili. Il pieno rispetto per la legge nazionale

(1) *Rèvue Critique*, 1884, pag. 708.

(2) Tale questione si connette strettamente con quella della competenza, a decidere fra stranieri questioni di Stato. Vol. II, parte I, pag. 221 e segg.

(3) V. vol. II, parte I, pag. 272 e segg.

risulta invece da una decisione italiana pronunciata in materia di diritto transitorio, affermandovisi che gli effetti dell'adozione originata sotto l'impero del codice austriaco in quanto riguarda l'obbligo degli alimenti, sono regolati dal codice stesso, quand'anche il bisogno venga a sorgere sotto l'impero del codice italiano. (1) Tale prevalenza secondo il Laurent (2) si vuole riconosciuta alla legge nazionale dell'adottante quando sia diversa da quella dell'adottato, perchè, « l'adopté ne figure dans l'adoption que pour recevoir un bienfait »; ma può osservarsi che l'essere in favore dell'adottato parrebbe un argomento per far prevalere la legge di quello nel regolarla. Del resto i rapporti fra l'adottante e l'adottato soggiacciono nel riconoscimento internazionale a norme ed a limiti analoghi, per quanto lo consente la varietà degli istituti, a quelli che disciplinano la patria potestà.

588. — Quest'ultima è quasi dovunque nel diritto moderno informata da uno stesso concetto del tutto diverso da quello antico del diritto romano e, per quanto riguarda i rapporti personali e disciplinari, anche da quello del diritto germanico. Anticamente essa concepivasi come una conseguenza del dominio, della sovranità del padre nella famiglia e come tale non cessava punto colla pubertà del figlio; nei paesi di diritto romano l'emancipazione legale per effetto di età fu introdotta nel 1870, ed in alcuni paesi di diritto germanico, come in Prussia ed in Sassonia la patria potestà dura tuttavia per i figli che continuano ad abitare nella casa paterna. Nella maggioranza dei sistemi legislativi contemporanei essa può considerarsi invece piuttostochè come un diritto, come un ufficio del padre cui spetta la missione di proteggere, di educare e di preparare alla vita i suoi figli ed al quale solo in rapporto coi limiti necessari di questa missione, spetta una somma di diritti sulla loro persona e sui loro beni. Ma, a far astrazione da questo concetto generale rispetto al quale può dirsi che tutte le legislazioni vadano ormai d'accordo, queste nei particolari che riguardano i limiti e l'esercizio di tale diritto, presentano non poche disformità.

Ed anzitutto che le traccie dell'antico predominio assoluto del padre di famiglia non siano del tutto scomparse dovunque, appa-

(1) *Annali di Giur. Italiana*, 1884, III. p. 347-350, C. d'Appello di Milano, 18 Aprile 1884. — (2) Vol. VI, pag. 78.

risce dalla determinazione delle persone cui spetta esercitare quella somma di diritti che dicesi *patria potestà*. Infatti al concetto moderno di questa parrebbe dover corrispondere una perfetta eguaglianza dei due genitori rispetto al suo esercizio, sicchè, se pur durante la vita dei coniugi ne fosse delegato al padre l'esercizio, ad esso morto o per altra guisa ridotto nell'impossibilità di esercitarlo, potesse succedere la madre.

Il nostro codice dà un esempio di pieno riconoscimento di tale verità derivante dal concetto attuale della potestà patria, quando dispone (1) che « il figlio è soggetto alla potestà dei genitori fino all'età maggiore od all'emancipazione; che durante il matrimonio tale podestà è esercitata dal padre e, se egli non possa esercitarla, dalla madre; e che, sciolto il matrimonio, la patria podestà viene esercitata dal genitore superstite ». Tali disposizioni furono imitate dal codice della repubblica argentina (2) e dalla legge spagnuola del 18 Giugno 1870 che in mancanza del padre attribuisce alla madre l'esercizio (3) della patria podestà tornando alle antiche tradizioni del diritto visigoto. Anche nel diritto russo alla madre è fatta una parte corrispondente ai titoli che le danno l'affetto e la naturale autorità sui suoi figli nel dirigerne la minore età sia insieme col padre, sia da sola, (4) benchè tale autorità invece che il nome di patria potestà prenda in tal caso quello di tutela legale. Secondo il codice francese il figlio è soggetto (5) all'autorità dei genitori fino a che non sia giunto alla maggiore età o fino all'emancipazione, e durante il matrimonio questa autorità è esercitata dal solo padre; ma dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte di uno dei coniugi al genitore superstite appartiene *ipso jure* la tutela dei figli minori e non emancipati. (6) Il padre potrà destinare (7) alla madre sopravvivente e tutrice un consulente speciale senza il cui parere essa non possa fare alcun atto relativo alla tutela dei figli; a differenza del diritto italiano secondo il quale la madre conserva la patria potestà ed il marito non può se non (8) determinare per testamento o per atto autentico condizioni relative all'educazione dei figli ed all'amministrazione dei loro beni, senza che le resti nemmeno im-

(1) Art. 220. — (2) Daireaux, l. c., pag. 296. — (3) Art. 61.
(4) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 93-7, e 114-6. — (5) Art. 372.
(6) Art. 390. — (7) Art. 391.
(8) Articolo 235.

pedito il ricorso al consiglio di famiglia ed al tribunale per farsene dispensare. In Inghilterra il padre solo ha la potestà sulla prole; la madre come tale non può pretendere se non al rispetto dei propri figli; il padre può deferire per testamento ad altre persone la tutela dei figli, e quantunque il lord cancelliere, agendo in nome del re considerato capo di tutte le famiglie, possa privando il padre indegno dell'esercizio della patria potestà affidarla alla madre, ciò non toglie che la possa affidare anche a tutt'altra persona. (1) La potestà esercitata dal padre ad esclusione della madre è pure la regola prevalente nei diritti germanici; soltanto in via d'eccezione secondo qualche diritto particolare (2) la madre è chiamata come nel diritto francese in mancanza del padre alla tutela legale. (3) Anche il codice austriaco (4) parla della potestà come del complesso dei diritti che appartengono specialmente al padre come capo della famiglia; alle persone prive dell'assistenza del padre la legge destina un tutore; (5) il padre ha la facoltà di nominare un tutore che prenda cura dopo la morte di lui dei suoi figli minorenni, (6) ed anche quando nessuno sia stato designato da lui, l'avo paterno è indicato dalla legge prima della madre. (7)

589. — La serie di quei diritti che sinteticamente si definiscono col nome di patria potestà, può scindersi in tre categorie: distinguendo quelli che si riferiscono alla sostituzione, limitazione ed integrazione della capacità personale, quelli che si riferiscono alla disciplina famigliare, e quelli che hanno por oggetto i beni dei figli. Quelli della prima categoria importano, quanto ai figli, la incapacità ad obbligarsi e, quanto ai genitori, la loro legale rappresentanza in tutti gli atti civili. (8) Ma anche in questa parte dei rapporti fra genitori e prole, nella quale è minore la diversità intrinseca fra le varie legislazioni, pur queste possono in più d'una occasione trovarsi in conflitto. Non dovunque la mag-

(1) Lehr, *Dr. Civ., Angl.*, pag. 117-9 e Pavitt, l. c., pag. 22.

(2) C. C. Zurigh, art. 348.

(3) Lehr, *Dr. Germ.*, pag. 385, 6.

(4) § 147. — (5) § 187. — (6) § 196. — (7) § 198.

(8) C. C. It., art. 224; *Dir. Spagn.* Lehr, l. c., pag. 141; Cod. Civ. Austr., § 152; Landr. Pruss. II, 2, 127, 131; Cod. Sass. art. 1821 e segg.; C. di Zurigo, art. 269; Infants Relief Act 7 ag. 1874, 37 e 38 Vict. c. 62, ap. Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 33; Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 96.

giore età è determinata allo stesso tempo, non dovunque la patria potestà cessa del tutto per effetto del sopraggiungere della maggiore età, nè è generale la disposizione del diritto spagnuolo che libera dalla patria potestà chi è rivestito di pubbliche dignità importanti giurisdizione e responsabilità personale, nè quella che fa derivare l'emancipazione dal matrimonio (1) è riprodotta rispetto alle figlie dal diritto russo che in tal caso non fa se non limitare i diritti dei genitori.

Il nostro diritto fa prevalere anche in tale argomento nei rapporti internazionali il principio della personalità basato sulla cittadinanza e tale è pure il principio accolto dal diritto austriaco, che ricerca il fondamento della patria potestà nella legge della patria del padre, (2) e dal diritto francese; (3) in Germania volendo ricorrere invece alla legge personale si riconosce tale carattere a quella vigente nel domicilio.

590. — Ora sorge il dubbio secondo queste legislazioni che adottano il principio della personalità determinandolo secondo la legge nazionale o secondo quella del domicilio, debba intendersi preferita la legge personale dei genitori anche nel caso che sia diversa da quella la legge dei figli. Secondo il criterio che ai nostri tempi informa la patria potestà parrebbe che il diritto dei figli dovesse avere la prevalenza essendo la patria potestà organizzata soprattutto a beneficio ed a tutela del minore. Invece la giurisprudenza francese e quella italiana si dimostrano favorevoli alla legge dei genitore.

Così decise il tribunale civile della Senna il 5 Aprile 1884, (4) e così decise ancora la Corte di Cassazione francese il 13 Gennaio 1873 (5) ed il 14 Marzo 1877. (6) Trattavasi nel primo caso della vedova di un suddito austriaco morto a Parigi lasciando erede universale il proprio figlio minore; essa era francese di origine; ed il tribunale cominciò col giudicare che secondo l'articolo 19

(1) C. C. Ital., art. 310.

(2) Bulmerincq, l. c., pag. 217 e segg.

(3) Weiss, l. c., pag. 749.

(4) Hauberg c. Consul d'Autriche, *Journal de Droit Int. Privé*, 1884, pag. 251-2.

(5) V. la critica di questa sentenza nel Fiore, *Dir. Int. Privato*, II ediz. pag. 571-3.

(6) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1878, pag. 167.

del codice civile era ridivenuta francese per ciò solo che aveva continuato a risiedere in Francia dopo la morte del marito. (1) Invocando tale argomento la vedova reclamava la tutela legale attribuitale dal codice francese, ma quando essa volle far levare i suggelli e procedere all'inventario in presenza del console austriaco, quest'ultimo rifiutò di riconoscerle la qualità di tutrice legale finchè non le venisse conferita dai tribunali austriaci, e reclamò per sè il diritto di far levare i suggelli, di far compilare l'inventario e di ricevere tutta la parte mobiliare della successione. Il tribunale giudicò che « en présence d'un conflit entre la législation française et une législation étrangère, surtout en un point qui touche à la puissance paternelle, c'est à dire à l'ordre public, la loi nationale doit prévaloir et les interéts français doivent être avant tout sauvegardés ».

Nello stesso senso giudicò in un caso analogo la corte d'appello di Napoli il 25 Marzo 1885. (2) Il pittore inglese Edoardo Bingon che il 3 Maggio 1869 aveva sposato a Capri, dove dimorava, Maria Carmina Settanni, moriva il 18 Luglio 1876, dopo averne avuto tre figli. La vedova, dopo aver tardato qualche anno a far valere i diritti della propria prole, si recò con questa in Inghilterra nel 1881, e domandò all'alta corte di giustizia il proprio riconoscimento come custode delle persone dei minori e dei beni che questi avevano in comune cogli altri eredi del defunto, e chiese che fosse assegnata una parte delle rendite dell'eredità al mantenimento proprio e dei figli in proporzioni adeguate alla rispettiva condizione. I convenuti che erano zii dei minori, riconvennero la madre per provvedimenti di tutela che essi sostenevano reclamati dalle circostanze, ma, ritardando la decisione della controversia essa se ne ritornò coi figli a Capri, dove ebbe notizia che l'alta corte le intimava di ricondurre i figli in un termine perentorio nei limiti della sua giurisdizione. Poichè ella non ottemperò a tale ingiunzione, il 6 Giugno 1882 l'alta corte nominò i due zii dei minori tutori alle persone ed ai beni di quelli in sostituzione della madre, ed un mese dopo nominò uno di loro, Brightwen Bingon, curatore alle liti dei minori, dichiarando ces-

(1) Vol. II, parte I, pag. 114. e segg.

(2) Bingon e Alexander c. Settanni, *Annali di Giurispr. It.*, 1886, III, pag. 161-3.

sata qualunque legale rappresentanza della madre. Essendo stata chiesta di tali ordinanze la esecuzione nel nostro Regno, la domanda venne respinta dalla corte d'appello; la corte di cassazione annullò tale decisione e rinviò il giudizio ad altra sezione della stessa corte. Frattanto la vedova compiva davanti al sindaco di Anacapri l'atto di reintegrazione della nazionalità italiana. Esistevano dunque provvedimenti presi in Inghilterra relativamente a minori inglesi e conformemente alla legge inglese: ed a quelli si opponeva la madre dei minori italiana d'origine e tornata italiana dopo la vedovanza.

La corte decise che « nulla si opporrebbe al riconoscimento delle ordinanze dell'alta corte se la vedova avesse conservato la propria qualità di suddita britannica », ma soggiunse che, essendo essa ridivenuta italiana, non poteva pretendersi che la nazionalità da essa riacquistata valesse per la sua persona e non per quella dei figli minori, quando essa, cittadina, riprende nella sua qualità di madre vedova, la patria potestà. « A tal punto importa decidere nel conflitto fra il diritto di patria potestà di una donna nazionale ed il diritto tutorio dei figli nati da padre inglese; e si deve considerare dal magistrato italiano che non può essere sua missione far piegare il diritto nazionale a quello straniero ». Perciò la patria potestà conferita dalla legge della madre prevalse contro le disposizioni contrarie ammesse dalla legge e formulate dalla magistratura del paese cui appartengono i figli. (1) A comprendere la portata di tale prevalenza del diritto del paese d'origine dei genitori su quello del paese cui appartengono i minori, giova mettere quelle sentenze in relazione con un'altra della Corte Suprema di Vienna del 22 Gennaio 1881. (2) Una minore austriaca che possedeva una somma di valori mobiliari depositati al tribunale civile di Vienna, recatasi colla madre ad abitare Brescia vi assunse la nazionalità italiana. Raggiunta secondo la nostra legge l'età maggiore a 21 anni, essa diede per atto di notaio procura ad un notaio di Vienna per

(1) Una sentenza del Trib. dell'Impero Germanico del 1 Maggio 1883, giudicando di provvedimenti adottati in Prussia relativamente ad un minore assiàno domiciliatovi ad onta dell'opposizione del padre ch'era domiciliato nel Baden, par implicare la preferenza della legge del figlio a quella dei genitori. Beauchet, *Revue de la Jurisprudence Allemande en matière de Dr. Int. Privé, Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 728-9.

(2) Lyon Caen, l. c., pag. 472-4.

riscuotere quei valori mobiliari. La Corte Suprema riconobbe gli effetti della piena capacità acquistata dalla minore austriaca mediante la naturalizzazione in Italia.

Alla possibilità di naturalizzazione del minore indipendentemente da quella dei suoi genitori si oppongono le leggi dei varii Stati; ma il figlio può trovarsi come nei due casi or ora accennati appartenente ad una nazionalità diversa dalla loro o per effetto della naturalizzazione dei genitori in altro Stato o per effetto dell'opzione della nazionalità d'origine fatta dalla madre vedova. Ora in tal caso io credo che le sentenze dei tribunali italiani e francesi non sarebbero diverse da quella della corte austriaca; se si trattasse di un figlio svizzero di madre pure italiana la patria potestà di questa cesserebbe al ventesimo anno di quello. Sicchè si può dire che i criterii secondo i quali è dato di giudicare della soggezione di un individuo alla patria potestà od alla tutela dei genitori o di altri, son forniti, secondo i principii di diritto internazionale privato accolti nel diritto francese ed italiano, dalla legge nazionale dell'individuo stesso della cui soggezione o della cui emancipazione si tratta, mentre l'attribuzione dei diritti correlativi a tale condizione personale ad una persona piuttostochè ad un'altra e la somma dei diritti e delle funzioni che importa, sono invece determinati dalla legge nazionale dei genitori.

In Inghilterra imperava fino agli ultimi tempi la più rigorosa applicazione della territorialità; anche quando trattavasi di rapporti puramente personali fra genitori e figli stranieri, la legge personale degli uni e degli altri vi doveva cedere a quella inglese; e la camera dei lordi giudicava (1) che i diritti di un padre straniero verso il proprio figlio non possano essere se non quelli concessi dalla legge inglese. In decisioni più recenti fu però riconosciuto che ai rapporti puramente personali fra genitori e prole debba presiedere la legge del domicilio, limitando l'impero del diritto territoriale affermato dalla camera dei lordi ai soli rapporti connessi colla pubblica moralità, che nulla hanno a che fare colla specie di relazioni personali esaminate finora. (2)

591. — L'altro ordine di rapporti che scaturisce dalla paternità comprende quanto ai genitori il dovere di mantenimento e di edu-

(1) Johnston c. Beattie, ap. Guthrie, pag. 201-2, n.ª 1.

(2) V. anche Westlake, l. c., § 4-12.

cazione ed il diritto di custodia e di correzione; doveri e diritti che sono indicati, a dir così, dall'indole stessa e dallo scopo della società famigliare, ma che pure nelle modalità e nella sanzione variano nei diversi sistemi legislativi. In Italia (1) il figlio non può abbandonare senza il permesso del padre la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata, salvo il caso di arruolamento nell'esercito nazionale o di una giusta causa di allontanamento apprezzata dal presidente del tribunale civile. Ad eccezione di questi due casi, il padre ha il diritto di richiamare presso di sè il figlio ricorrendo ove sia d'uopo al presidente del tribunale. Il padre che non riesca a frenare (2) i traviamenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi, gli alimenti strettamente necessari, e, ricorrendo ove sia d'uopo al presidente del tribunale, collocarlo in quella casa od in quell'istituto di educazione o di correzione che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo; l'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente ed il presidente procederà al provvedimento senza formalità di atti e senza esprimere i motivi del suo decreto. In tutti questi casi però (3) contro i decreti del presidente del tribunale è ammesso il ricorso al presidente della corte di appello, e sarà sempre sentito il pubblico ministero.

Il codice francese invece dopo avere stabilito (4) lo stesso obbligo del figlio di non abbandonare la casa paterna, distingue, rispetto al diritto di correzione, i figli minori da quelli maggiori di sedici anni. Se il figlio (5) non sarà giunto ancora al principio del sedicesimo anno, il padre potrà farlo tenere in arresto per un tempo non maggiore di un mese, ed il presidente del tribunale dovrà, ad istanza di lui, rilasciare il relativo decreto di arresto. Se invece il figlio minore ha raggiunta quell'età o se, non avendola egli raggiunta, il padre che domanda il decreto è vedovo della madre di lui e rimaritato, il padre (6) potrà soltanto domandare la detenzione del figlio per sei mesi al più, ed a tale scopo si rivolgerà al presidente del tribunale, il quale, dopo aver conferito col procuratore della repubblica, rilascierà o ricuserà l'ordine d'arresto e potrà nel primo caso abbreviare il tempo della

(1) Art. 221. — (2) Art. 222. — (3) Art. 223.
(4) Art. 371. — (5) Art. 376.
(6) Articoli 377, 380.

detenzione richiesto dal padre. Secondo entrambi i codici al padre spettano dunque la stessa superiorità e gli stessi uffici nei rapporti col figlio, ma l'estensione ed il concetto stesso del diritto di correzione, che di quell'ufficio è il presidio, varia dall'uno all'altro sistema legislativo. Nel nostro paese il padre può agire soltanto in seguito ad istanza sulla persona del figlio; secondo il diritto francese invece esso agisce di propria iniziativa quando il figlio non abbia sedici anni ed il magistrato non fa che constatarne la volontà; e mentre nel nostro paese trattasi di chiudere il figlio in una casa di correzione così da applicare in tutta la sua estensione il concetto dell'emenda, in Francia trattasi di arrestarlo e di tradurre in atto il concetto della punizione.

Il diritto spagnuolo che ripete la propria origine da quello romano, si avvicina maggiormente a quello francese che al nostro; il padre vi è riconosciuto come giudice dei figli che può correggere, punire e diseredare; la legge del 1870 gli riconosce il diritto di costringerli a vivere presso di sè e di castigarli con moderazione se mancano ai propri doveri figliali. (1) Custodire, allevare e correggere i figli: riassume i diritti disciplinari che spettano al padre su loro in Inghilterra; la correzione deve essere ragionevole, ma non pare, secondo il Lehr (2) che il padre possa in seguito a semplice richiesta, come nel diritto francese, far arrestare un figlio indisciplinato.

In Russia i genitori godono con molta larghezza il diritto di correzione domestica, e se questa non basta possono far custodire in una casa di correzione o deferire ai tribunali i figli, che non siano (fuorchè in Polonia dove non furono riprodotte nemmeno le norme del diritto francese) al servizio dello Stato; tale diritto è limitato dal codice baltico ai figli minori, ma si estende secondo il codice russo anche a quelli che hanno raggiunto la maggiore età. La prigionia in seguito a richiesta dei genitori e senza bisogno d'inchiesta giudiziaria, può durare da due a quattro mesi. I genitori che ricorrono per offese dei proprii figli non hanno bisogno di fornire di quelle alcuna prova e non se ne fa alcuna istruzione giudiziaria regolare; ma i genitori sono obbligati di fornire al tribunale che le richiedesse tutte le spiegazioni giudicate

(1) Lehr, *Dr. Civ. Ésp.*, pag. 140, 1, 4.
(2) *Dr. Civ. Angl.*, pag. 118.

necessarie, dopo le quali e dopo uditi anche i figli, il tribunale provvede. Nei governi di Tchernigof e di Poltava i genitori possono anche rinnegare i propri figli; quando questi, dimentichi della legge divina, li abbiano battuti, quando per malvagità e senza esserne stati richiesti dall' interesse dello Stato, abbiano portata testimonianza contro di loro in una causa penale, quando abbiano rifiutato di prestare cauzione per i genitori che si trovassero sotto il peso di un procedimento penale; quando una figlia siasi data a vita turpe; quando i figli rifiutino gli alimenti ai proprii genitori avanzati in età, quando abbiano tentato di spossessarli dei beni, e quando essendone stati già investiti si rifiutino di portar soccorso ai genitori che trovinsi in condizioni disagiate. Tale ripudio dei figli radia questi ultimi dalla famiglia ed ha per conseguenza il diritto nei genitori di diseredarli. Il codice russo contiene però nel tempo stesso alcuni freni contro l'abuso della patria potestà, diretti ad impedire che se ne abusi per violentare la coscienza dei figli, per compromettere la loro salute, per obbligarli alla vita claustrale, od incitarli al delitto ed al disonore. (1)

Il codice austriaco (2) riconosce ai genitori il diritto di dirigere le azioni dei proprii figli, di rintracciarli se smarriti, di farseli restituire se fuggiti, di ricondurli col soccorso dei tribunali se profughi e di castigarli in modo non eccessivo nè dannoso alla loro salute se scostumati, disobbedienti e disturbatori dell' ordine e della pace domestica, e di educarli (3) fino alla pubertà in quel genere di vita che credano loro conveniente. L' eccezione all' obbligo di convivenza nel caso di arruolamento volontario non è accennata nelle disposizioni del codice e la notificazione governativa del 10 Settembre 1835 la esclude espressamente lasciando facoltà al genitore anche in quel caso di reclamare il figlio in un termine che dalla notificazione del 17 Aprile 1838 fu fissato ad un anno. Inoltre (4) se il figlio minore siasi reso colpevole di traviamenti tali per cui convenga tenerlo più lungamente sotto la stretta sorveglianza della famiglia, il padre può chiedere al giudice la continuazione della patria potestà anche dopo che il figlio abbia raggiunta l'età maggiore; per converso (5) i padri che trascurano interamente il mantenimento e la educazione della prole perdono

(1) Lehr, *Dir. Civ. Russe*, pag. 94-8.
(2) § 144, 5. — (3) § 148. — (4) § 173. — (5) § 177.

per sempre la patria potestà; e (1) abusando il padre della patria potestà in modo che i figli siano pregiudicati nei loro diritti od omettendo egli di adempiere i doveri con essa congiunti, non solo i figli stessi ma chiunque abbia notizia di tale sua condotta e specialmente i prossimi parenti, possono invocare l'assistenza del giudice. Da tuttociò risulta la possibilità d'un lato che i diritti del genitore ottengano maggiore estensione che non secondo il diritto nostro e quello francese, e dall'altro che sia ridotta a proporzioni minori che non in quest'ultimo l'indipendenza del genitore nell'esercizio del diritto di correzione.

Il codice prussiano attribuisce facoltà al padre di correggere il figlio con mezzi non nocivi alla salute; i codici di Berna e di Soletta, abbondando nel senso del codice francese, autorizzano direttamente i genitori a far imprigionare i figli; (2) e nel secondo di quel cantone mentre il magistrato può ordinare, a richiesta dei genitori, un maximum di prigionia di quattro mesi a danno dei figli, può anche proibire a questi ultimi per due anni la frequentazione delle trattorie e delle vendite di bevande alcooliche. (3) Il codice di Zurigo invece toglie del tutto ai genitori la facoltà diretta di far imprigionare i figli disponendo: (4) « Se i genitori, sia per ricercare un figlio fuggitivo, sia per esercitare il proprio potere disciplinare, sia per ottenere l'obbedienza che è loro dovuta, hanno bisogno della cooperazione ufficiale e della assistenza governativa, v'è luogo ad accordarle in seguito a loro domanda, ma in modo ragionevole e dopo un esame delle circostanze da parte delle autorità chiamate ad intervenire ».

592. — Una questione analoga e nella soluzione della quale differiscono notevolmente le legislazioni, è quella della educazione religiosa della prole. Gli Stati che si sono liberati nella propria costituzione da ogni preoccupazione confessionale, non se ne occupano in modo speciale e contemperano questo diritto di educazione religiosa cogli altri che competono al padre, e rispetto all'esercizio dei quali egli è perfettamente libero. Gli Stati invece che conservano ancora nella costituzione maggiori o minori traccie di una religione di Stato e di un ordinamento politico a quella coor-

(1) § 178.
(2) Cod. di Berna, art. 155; Cod. di Soletta, art. 280 e segg.
(3) Art. 261. — (4) Art. 255.

dinato, regolano quell'argomento colla massima cura e colla massima precisione. Il Landrecht prussiano dispone che, nonostante qualunque convenzione contraria, fino all'età di quattordici anni i figli siano educati nella religione del padre e le figlie in quella della madre; (1) ed un rescritto del 25 Novembre 1813 impone anche alla madre vedova di continuare ad allevare i figli nella religione del padre. In Baviera si riconoscono invece come obbligatorie le clausole delle convenzioni espresse fra i genitori: in mancanza di queste i figli seguono la religione del padre e le figlie quella della madre. Nel Würtemberg i figli e le figlie devono di regola seguire la religione del padre fino all'età del discernimento; però è permesso ai coniugi decidere che si divideranno i figli secondo il sesso o secondo altri criteri, purchè la convenzione sia stipulata davanti all'autorità del domicilio del marito; nell'Annover il padre ha, nonostante qualunque impegno, la libertà assoluta di educare i figli nella religione che gli talenta; e tale apparisce da qualche recente sentenza il diritto applicato in Inghilterra, ed è (2) quello del Cantone di Zurigo. In Austria il codice (3) si riferisce alle leggi politiche per la determinazione della religione nella quale devono educarsi i figli dei coniugi che non professano la stessa fede; e le leggi politiche al tempo della promulgazione del codice stabilivano che i figli del padre cattolico dovessero educarsi nella religione cattolica; ma secondo la legge del 25 Maggio 1868 (4) i figli seguono la religione del padre, le figlie quella della madre; ed i genitori possono, prima o dopo la celebrazione del matrimonio, derogare per convenzione a tale regola e stipulare, sia la regola inversa, sia l'educazione in una religione sola di tutti i figli, che giunti ai quattordici anni possono poi ascriversi a quella che preferiscono. Comunque sia, in questi paesi la libertà dei genitori resta limitata da ciò che non potrebbero nè omettere di ascrivere i figli ad una religione determinata, nè ascriverli ad una confessione diversa da quella del padre e della madre; tutte facoltà di cui può approfittare nella indifferenza della legge, il padre italiano o francese.

593. — A chi consideri nel campo dei rapporti internazionali l'esercizio di tutta questa categoria di diritti, ricorre alla mente quanto abbiamo detto dei rapporti d'ordine disciplinare fra

(1) II, 2, 76-8. — (2) Art. 259-60. — (3) § 140. — (4) Art. 1-3.

i coniugi. (1) Ci troviamo davanti a disposizioni di legge che son corollari dei principii fondamentali su cui lo Stato riposa e che perciò nei singoli paesi non sono tanto considerate leggi emanate per gli individui che compongono la società politica, quanto norme che nel seno di questa da nessuno possono essere misconosciute. E tale è il loro carattere così quando affermano come quando negano, così quando sanciscono come quando ommettono una disposizione ed un istituto. L'ammettere come fa la legge francese che il genitore possa imprigionare il figlio; il consentire come la legge russa di Ukrania, che in determinati casi possa rinnegarlo; il riconoscere come la nostra che il servizio militare sia tale ufficio da non potersi impedire nemmeno dal padre al figlio che voglia dedicarvisi; o l'esigere come l'austriaca che anche in tal caso debba prevalere la patria potestà; il pretendere che l'educazione religiosa della prole debba regolarsi dai genitori in un modo determinato dalla legge, od il mostrare che a questa non debba interessare punto se e come e fino a quando quella educazione si compia, son tutti concetti la cui applicazione interessa sommamente lo Stato che rispettivamente li accoglie e che si collegano ai sommi principî di ordine famigliare e di ordine sociale, di libertà individuale e di disciplina religiosa, di educazione morale e di libertà di coscienza, che informano la sua stessa esistenza e segnano il suo indirizzo. Un figlio ribelle e non imprigionato dal padre straniero dove tutti i padri possono imprigionare i figli in condizioni identiche, ed un figlio imprigionato dove al padre nazionale quel diritto non sia consentito, turbano egualmente l'ordine dello Stato; un figlio di italiani cattolici educato ateo o maomettano in Austria; un padre cattolico austriaco costretto in Italia dal magistrato e dai carabinieri a far battezzare il proprio figlio, turbano egualmente l'ordine rispettivo dei due Stati che nel primo caso è confessionale e nel secondo s'informa alla piena libertà di coscienza.

Sicchè quella regola di territorialità che rispetto alle qualificazioni di capacità del figlio ci parve una peculiarità del tutto eccezionale del diritto inglese che pur in questi ultimi tempi va attenuandola, diventa normale in quest'ultimo ordine di rapporti, rispetto al quale la legge personale cede generalmente alla legge

(1) V. pag. 152, 160, 1.

territoriale nella stessa proporzione in cui abbiamo veduto cedere la legge personale dei figli a quella dei genitori. Anche in tal caso gli Stati che ammettono la prevalenza della legge personale, ricorreranno a quest'ultima, comunque determinata, per constatare se si tratti di una persona soggetta o non soggetta alla patria potestà, ma i diritti d'ordine disciplinare che da questa, così constatata, derivano, saranno commisurati non già alle norme della legge nazionale, ma a quelle del paese dove le parti si trovano. Sicchè quando il diritto inglese stabilisce che ai genitori stranieri competano sulla persona dei figli le stesse attribuzioni di autorità che spettano ad un padre e ad una madre inglese, e non più di quelle che spettano a questi ultimi, esso segna i veri confini (1) di quelle provincie del diritto di famiglia nella quale non può imperare assolutamente se non l'autorità del diritto territoriale.

Sotto questo rispetto si possono citare due sentenze italiane che trascorrono in senso opposto troppo oltre il giusto limite che l'indole stessa dei rapporti assegna all'operare della legge personale anche nei paesi che riconoscono in genere l'impero estraterritoriale del diritto della persona. Nella causa fra il principe ereditario di Monaco e la principessa Hamilton sua moglie, il presidente del tribunale di Firenze (2) ritenne che, essendo retta la patria potestà dalla legge del paese cui appartiene chi ne è investito, si dovesse secondo la legge di questa reprimerne le infrazioni e riconoscere a tal' uopo i decreti conformi dell'autorità straniera; ma la corte d'appello decise che dovevasi anche in tal caso sentire in contraddittorio la madre e che i decreti dell'autorità straniera che ordinano alla moglie di far ritorno alla casa coniugale e ad essa ed a chi ritiene un figlio di restituirlo al padre, non potevano avere legittima forza provante nello Stato se non venivano sottoposte al giudizio di delibazione. L'estremo opposto è rappresentato dalla sentenza già citata della corte d'appello di Napoli, (3) laddove dice che le leggi relative alla patria potestà sono d'ordine pubblico ed appartengono al diritto pubblico del Regno. Ora che ciò non sia vero basta a provarlo una semplice lettura del titolo preliminare. La patria potestà in quel caso era conservata

(1) Westlake, l. c., § 4, 12. Clarke and Finelly s' Reports, 42, 114.
(2) 1872. *Monit. dei Tribunali*, 1872, pag. 536.
(3) V. *Annali*, l. c., e *Legge*, 1886, I, pag. 18-21.

alla madre non perchè questa si trovasse in Italia e per rispetto della legge territoriale, ma perchè la madre era italiana e per una applicazione discutibile del diritto personale. Data dunque l'esistenza della patria potestà e la sua attribuzione ad una determinata persona secondo i criterii della legge personale, soltanto i diritti ed i doveri spettanti alla persona così riconosciuta come investita della patria potestà, rispetto alla custodia, alla disciplina ed alla correzione dei figli, devono venir commisurati secondo il diritto territoriale. Questa è la soluzione che risulta dalle disposizioni del codice italiano, e dallo stato degli altri diritti positivi, in ciò concordi, perchè trattasi di un punto nel quale gli stessi Stati che riconoscono normalmente l'estraterritorialità delle leggi personali applicano eccezionalmente entro quei limiti il medesimo principio territoriale che forma per gli altri la regola generalmente seguita.

594. — I diritti dei genitori e specialmente quelli del padre sui beni dei figli mutano col mutare dei tempi e dei paesi a seconda che il concetto legislativo della patria potestà vi si allontana da quello del diritto romano. La legislazione spagnuola stette più lungamente aderente a quest'ultimo concetto. I beni che pervengono ai figli indipendentemente da quelli dei loro genitori vi conservarono il nome ed il carattere di peculio. Il peculio castrense comprende i beni acquistati dai figli al servizio militare, alla guerra, alla corte « od in altri luoghi egualmente nobili, a prezzo di grandi fatiche e di grandi pericoli ». (1) Il peculio quasi castrense comprende i beni acquistati nelle diverse carriere dipendenti dallo Stato, nello studio delle scienze o nell'esercizio delle professioni liberali. Di questi peculî i figli conservarono sempre non solo la proprietà, ma anche il godimento e l'amministrazione ed anche per quanto riguarda il diritto di disporre furono considerati dalla legge come padri di famiglia. Il peculio avventizio si compone dei beni acquistati dal figlio mediante il proprio lavoro e di quelli che gli pervennero da parte della madre, d'un ascendente materno, d'un estraneo o per favore della sorte. Di tali beni apparteneva al figlio la nuda proprietà, ma il godimento ne spettava al padre coll'obbligo di restituirglieli al momento del suo matrimonio od alla sua maggiore età, restando al figlio per garanzia un'ipoteca legale sui beni

(1) L. 6, T. 17, P. IV, ap. Lehr, l. c., pag. 141.

di lui. Del peculio profettizio, costituito dai beni acquistati dal figlio coi capitali messi a sua disposizione dal padre, quest'ultimo aveva la proprietà e quello la semplice amministrazione così da poter esercitare la propria industria, ma non potendo disporne se non in parte per costituire una dote a favore di prossimi parenti o per le spese della propria educazione. La legge del 18 Giugno 1870 ha parificati nei diritti il padre e la madre, i quali conservano le facoltà attribuite dalla legge antecedente sul peculio profettizio, e, rispetto a quello avventizio, conservano il diritto di amministrarlo e di goderne in quanto i figli convivano con loro; in caso diverso per quanto riguarda il godimento e l'amministrazione di quei beni i figli sono tenuti come emancipati. I genitori sono inoltre esclusi da qualunque pretesa sui beni dati o legati da terzi ai figli per le spese della loro educazione o sotto la condizione espressa che essi non ne abbiano le rendite.

Il codice francese non fa distinzione di peculii, ma considera egualmente tutti i beni dei figli, comunque acquistati, come loro proprietà, e si limita a disporre che (1) al padre durante il matrimonio, e, dopo lo scioglimento di questo, al superstite dei genitori, spetti l'usufrutto dei beni dei figli, finchè questi non abbiano compiuto il diciottesimo anno o fino all'emancipazione che potesse aver luogo prima di quell'età. Restano inoltre sottratti all'usufrutto (2) quei beni che i figli potessero acquistare mercè un lavoro ed un'industria separata e quelli che fossero loro pervenuti per donazione o per legato colla espressa condizione che il padre e la madre non abbiano a goderne; degli uni e degli altri beni l'amministrazione spetta durante la minore età (3) ai genitori. Tali diritti dei genitori furono conservati dal codice belga e da quello dei Paesi Bassi. (4) Anche secondo il codice italiano (5) il padre amministra i beni dei figli; ed ha (6) l'usufrutto legale dei beni che pervengono al figlio per successione, donazione o qualunque altro titolo lucrativo, ad eccezione (7) di quelli lasciati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto, purchè non appartengano a quelli riservati ai figli a titolo di legittima; di quelli lasciati o donati per imprendere una carriera, un'arte od una pro-

(1) Art. 384. — (2) Art. 387. — (3) Art. 389-90.
(4) Laurent, vol. VI, pag. 34.
(5) Art. 224. — (6) Art. 228. — (7) Art. 229.

fessione; dei beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione accettata nell'interesse del figlio contro il consenso del padre; e di quelli acquistati dal figlio in occasione o per esercizio della milizia, uffici, impieghi, professioni ed arti o altrimenti col proprio lavoro e colla propria industria separata. Secondo il diritto germanico spetta pure al padre il diritto di amministrazione sui beni dei figli, e gliene compete anche l'usufrutto sotto condizione di provvedere al mantenimento ed alla educazione loro. (1) Tale usufrutto si estende ai salari dei figli ed al prodotto del loro lavoro giornaliero finchè dimorano presso del padre e vivono a carico di lui; ed in ciò i diritti dei genitori sono più estesi che non secondo il diritto italiano e francese coi quali quei diritti germanici si accordano nel sottrarre all'usufrutto i beni donati o legati ai figli colla condizione che i genitori non ne godano, e dai quali discordano ancora non assimilando, salvo qualche eccezione, (2) la madre al padre oltrechè nel diritto di amministrazione anche in quello di usufrutto. In Polonia (3) furono conservate le disposizioni del codice francese; e nelle Provincie Baltiche (4) quelle prevalenti nel diritto germanico.

595. — Secondo il codice austriaco i diritti del padre sono ancora più limitati in modo corrispondente al concetto che la patria potestà sia un ufficio del genitore in favore dei figli e non un complesso di diritti garantiti a profitto di lui. Tuttociò che i figli (5) acquistano in qualsivoglia modo legittimo è loro proprietà; ma finchè sono sotto la patria potestà, il padre ne ha l'amministrazione; però (6) anche i figli in età minore possono, quando non siano mantenuti dai genitori, liberamente disporre di ciò che acquistano colla propria industria, e di tutte quelle cose che, pervenuti alla pubertà, sono loro date perchè servano ai loro usi personali. Colle rendite del patrimonio (7) in quanto siano sufficienti, devesi sopperire alle spese di educazione; gli avanzi che ne rimangano saranno collocati a frutto e se ne renderà conto ogni anno; nel solo caso che tale avanzo fosse tenue, il padre potrebbe essere

(1) Landr. Pruss. II, 2, 168. C. Reale Sassone, 1811. Cod. Zurigo, 263, Cod. Sol., 269. C. Bern., 157. C. Grig., 63.

(2) C. Grig. 63; C. Sol. 269.

(3) Legge del 25 Giugno 1825.

(4) Landr. Balt., 215, 8, 220.

(5) § 149. — (6) § 151. — (7) § 150.

dispensato dal rendimento dei conti e tenere quell'avanzo a propria disposizione. Anche nel caso in cui per volontà della persona dalla quale i beni pervengono ai figli, sia riservato al padre l'usufrutto, le rendite rimangono sempre obbligate al sostentamento dei figli in modo corrispondente alla loro condizione e non possono in pregiudizio loro venir sequestrate dai creditori del padre. Da ciò risulta che il diritto di usufrutto del padre è ridotto a proporzioni del tutto esigue nel sistema del codice austriaco.

In Russia nessun articolo del codice accorda ai genitori l'usufrutto sui beni dei figli di cui, durante la età minore di questi, pur hanno l'amministrazione. Quando i figli hanno raggiunta la maggiore età, se sono separati di beni, cioè se hanno ricevuto dai genitori un'anticipazione sui beni della famiglia, la amministrano e possono disporne senza bisogno del consenso di quelli; se non sono separati, acquistano la pienezza degli stessi diritti sui beni comunque acquistati personalmente e non per causa dei genitori e dei quali questi avevano l'amministrazione durante la loro età minore. (1)

Anche al diritto inglese è estraneo l'usufrutto legale dei genitori; questi hanno soltanto l'amministrazione dei beni dei figli minori. Non è loro accordato nemmeno il diritto di detrarre dalle rendite di quei beni l'importo delle spese di educazione della prole, e soltanto se si trovano sprovvisti di beni sufficienti, possono ottenere dalla Corte della Cancelleria l'autorizzazione di disporre di tutto o parte delle rendite, per poter dare ai figli una conveniente educazione. È vero che il padre può approfittare del prodotto che i figli viventi con lui e mantenuti da lui traggono dal proprio lavoro, ma questa non può ritenersi una prerogativa derivante specialmente dalla patria potestà, perchè lo stesso diritto spetta al padre di famiglia in confronto dei proprî garzoni e dei proprî domestici. (2) Del resto è riconosciuta in Inghilterra la perfetta libertà dei beni dei figli da qualunque pretesa del padre; quell'immunità però trova il suo contrapposto nella piena libertà di disposizioni goduta da quest'ultimo rispetto ai beni proprî che può lasciare totalmente ad estranei a pregiudizio dei proprî discendenti. Tale è pure rispetto ai beni dei figli il diritto prevalente

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 98-100.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 117-8, e Lorimer. Handbook, pag. 133.

negli Stati Uniti, dove al padre, considerato come il protettore e l'educatore della prole non sono attribuiti se non i diritti necessarii all'adempimento dei suoi doveri senza che possa pretendere perciò a verun vantaggio pecuniario. (1)

596. — In questa serie di rapporti il cui regolamento varia cotanto dall'una all'altra legislazione, un carattere si presenta come comune a tutte dal punto di vista del diritto internazionale: quello che, trattandosi di rapporti economici fra i genitori e la prole, fa d'uopo considerarli come rapporti famigliari e personali, rispetto ai quali la legge che si manifesta come competente a governarli è quella che governa la famiglia. Però essi si distinguono nel tempo stesso di tanto dagli altri ordini di rapporti cui abbiamo accennato, da prestarsi nei vari paesi a criterii diversi circa la loro essenza, dando così per effetto di tale disformità occasione a conflitti. Essi sono distinti da quei rapporti fra genitori e prole che riguardano la sostituzione e l'integrazione della capacità personale: questi ultimi non solo sono personali nella loro essenza, ma hanno anche per oggetto la capacità e gli atti della persona, e tale carattere è così saliente che s'impone anche ai sistemi legislativi maggiormente informati alla territorialità: notammo infatti che, in certi limiti, questo carattere è loro riconosciuto dallo stesso diritto inglese. Per altra guisa la massima parte di tali rapporti economici si distinguono da quelli che riguardano l'ordine e la disciplina della famiglia: questi si collegano così strettamente coll'ordine, colla moralità e col benessere dello Stato, che vi si manifesta prevalente il carattere di territorialità, ed a questo si informano in una certa proporzione anche i diritti che all'estraterritorialità del diritto personale garantiscono il più ampio rispetto. Trattasi invece in questo caso di diritti della persona e di rapporti fra le persone i cui effetti si fanno sentire sui beni; ora, a seconda che si ha maggior riguardo al punto loro d'origine e di direzione che è nelle persone, o al punto loro d'incidenza che è nei beni, si attribuisce competenza a regolarli o alla legge del paese cui appartengono le persone interessate o a quella del paese dove sono situate le

(1) Le leggi del Massachussetts, del Wisconsin, del Minnesota, e dell'Oregon fanno però la espressa riserva che nessuna disposizione relativa ai rapporti fra principali e garzoni, può essere invocata a limitare i diritti spettanti al padre secondo il diritto comune inglese sul prodotto dei servigi dei figli durante la loro età minore. Stimson, l. c., pag. 750.

cose che loro appartengono. Ed è appunto perchè i criteri di diritto internazionale adottati dalle legislazioni non vanno d'accordo nel preferire uno di questi due indirizzi, che nel regolamento di tale ordine di rapporti più che in quello degli altri che furono accennati sorge frequente l'occasione di conflitti.

Nel nostro paese prevale come per gli analoghi rapporti fra marito e moglie (1) il primo criterio, ritenendosi che la determinazione dei diritti del padre sui beni del figlio non si debba considerare se non come il regolamento di un effetto patrimoniale derivante dai rapporti di famiglia, e perciò soggetto alla legge di questa; (2) nè si fa alcuna distinzione fra i beni mobili e quelli immobili che appartengono al minore, perchè tanto rispetto agli uni quanto rispetto agli altri non si considera se non l'effetto di un rapporto famigliare d'indole puramente privata. In Germania l'elemento personale intorno al quale si disciplinano questi rapporti è quello del domicilio; ed il mutamento di questo importa altresì mutamento nei diritti dei genitori sui beni dei figli. (3)

In Francia venne accolto il principio della prevalenza del diritto nazionale, ma sono varie le soluzioni della magistratura circa l'estensione da concedersi agli effetti di quella legge, estendendoli alcune ed escludendoli altre dal campo dei rapporti economici relativi ai beni immobili. Da ciò una grande varietà di versioni nelle fonti a cui si può ricorrere per rilevare il diritto francese in tale argomento. Il Cohn nelle aggiunte al trattato dell'Asser dice che il principio della personalità non è applicabile ai paesi retti dal codice Napoleone dove la potestà patria è retta esclusivamente dalla legge francese; la corte di cassazione francese invece (4) ammetteva che la disposizione di legge accordante ai genitori un diritto di godimento legale sui beni dei figli minori dipende dallo statuto personale; ma la dottrina del Merlin secondo la quale il diritto di usufrutto legale appartiene nel tempo stesso allo statuto personale ed a quello reale nel senso che non si possa reclamarlo in un territorio se non lo ammetta tanto il diritto del paese cui appartiene chi lo invoca quanto quello del paese dove si vuol farlo

(1) V. pag. 165-6 e nº 524.

(2) Esperson, *Le Dr. Int. Privé dans la lég. italienne.*

(3) Bulmerincq, l. c.

(4) 14 Marzo 1877, Benchimol c. Cohen, *Journal de Dr. Int. Privé,* vol. V, pag. 167 e Sirey, 1879, I, 125.

valere, sembra ancora la più favorita, sicchè il Bard (1) non esita ad esporre quest'ultima come la tendenza più spiccata della giurisprudenza del suo paese, aggiungendo che i giudici per lo più vi si ritengono obbligati come per l'usufrutto legale a vietarne il godimento agli stranieri.

In Austria quando trattasi di parti che siano tutte straniere i diritti patrimoniali fra genitori e figli sono regolati secondo la legge patria dei primi, e secondo quella austriaca quando trattisi di austriaci all'estero. Che non si faccia in quest'ultimo caso distinzione fra i beni mobili e quelli immobili se non in quanto riguarda il rispetto delle forme volute dalle leggi locali per l'esercizio dei diritti su questi ultimi, lo si prova colla disposizione del codice (2) secondo la quale anche per la tutela « se qualche stabile del minore fosse situato in un'altra provincia od in Stato estero, è obbligo del giudice pupillare rivolgersi per la confezione dell'inventario e per la stima al competente giudice della provincia o dello Stato estero, e ne domanderà la comunicazione, lasciando però allo stesso giudice la deputazione del curatore per quello stabile ». Ma rispetto agli immobili situati in Austria ed appartenenti a stranieri può sorgere dubbio dalla disposizione che (3) assoggetta le cose immobili alle leggi del paese dove sono situate; è vero che in Italia esiste una disposizione analoga interpretata in tutt'altro senso e che perciò non vi produce simili conseguenze; ma l'applicazione che in Austria se ne fa per determinare sugli immobili i diritti successori implica anche la prevalenza della territorialità nel determinare i diritti fra genitori e prole.

Il diritto inglese non lascia luogo a simili dubbi; e non solo ogni questione relativa ai diritti dei genitori sugli immobili della prole dovrebbe essere regolata, secondo il criterio di diritto internazionale accolto da quel diritto, dalla legge del luogo dove gli immobili sono situati, ma i diritti patrimoniali del genitore straniero in genere non si possono far valere in Inghilterra, rappresentando essi un ordine di diritti che la legge inglese non riconosce. Il Westlake (4) cita a tale proposito un caso (5) in cui gli esecutori testamentari furono avvertiti dall'autorità che non ave-

(1) L. c., pag. 236-7, nota.
(2) Art. 225. — (3) Art. 300.
(4) Casi di diritto internazionali, l. c., pag. 388-404.
(5) Hellmann's Trust., 2 Maggio 1866.

vano facoltà di pagare al padre d'un minore domiciliato in Amburgo, e cui erano stati lasciati certi legati, nè il capitale nè le rendite di questi, perchè la patria potestà in quanto concerne i beni del minore è interamente sconosciuta in Inghilterra. Ne consegue dall'altro lato che vi si riconoscano i rapporti patrimoniali fra genitori e figli inglesi all'estero così come sono regolati dalla legge della situazione dei beni.

597. — Le stesse ragioni per cui le magistrature dei paesi che pur preferiscono anche in questo campo la legge nazionale s'inducono a riconoscere la prevalenza di quella dei genitori su quella dei figli, quando siano eccezionalmente diverse, in quanto si riferisce alla capacità ed ai rapporti personali, le trae ad aver la stessa preferenza quando trattasi del regolamento dei loro rapporti economici. Sicchè in Italia si concederà l'usufrutto legale al genitore francese anche in confronto di figli non francesi ed appartenenti ad esempio per sudditanza all'Inghilterra che nega ai genitori l'usufrutto legale; ed in Francia lo si concederà ad un genitore francese in confronto di figli stranieri anche se, secondo la legge di questi, tale diritto non sussisterebbe. La corte di cassazione francese (1) giudicò in questo senso a proposito di una madre algerina di religione ebraica, naturalizzata francese nel 1869, decidendo che, anche continuando i figli ad essere israeliti algerini governati dal proprio statuto religioso, spettava alla madre divenuta francese l'usufrutto legale, dal giorno della sua naturalizzazione. Il Laurent giustifica così tale conseguenza dedotta dal diritto italiano e francese: i diritti personali dei genitori sulla prole furono trasformati di potestà che erano nel diritto romano, in dovere di protezione secondo il diritto moderno: invece il diritto di usufrutto legale rappresenta ancora i concetti romani dei diritti dei genitori. « C'est une inconséquence (2) mais l'interprète en doit tenir compte pour détérminer la nature du droit. On ne peut pas dire que c'est le statut de l'enfant qui régit le droit du père sur les biens, puisque le droit de juissance est établi dans l'intérêt du père; il faut appliquer la loi romaine à un droit qu'a son origine dans la loi romaine. La cour de cassation a donc bien jugé, en décidant que la veuve israélite, en devenant française, avait acquis l'usufruit

(1) 14 Marzo 1877, l. c., v. n° 1.
(2) Vol. VI, pag. 44.

légal quoique ses enfants continuassent à être régis par la loi de Moïse. Mais la mère ne pouvait réclamer cet usufruit qu'à partir de sa naturalisation, puisque c'est seulement par sa naturalisation que la veuve avait changé de statut et ce changement n'a pas d'effet rétroactif ». Tutte queste ragioni però non bastano a spiegare la prevalenza della legge materna riconosciuta in Italia ed in Francia anche rispetto a quella parte dei rapporti fra genitori e prole che nè si riferiscono ai beni nè interessano l'ordine dello Stato, come ne ebbimo esempi nelle decisioni francese nella causa Homberg ed italiana in quella Bingon ed Alexander contro Settanni. (1)

Ma una parte dei rapporti economici che si connettono con quelli riguardanti l'ordine e la disciplina delle famiglie così da sentire, anche nei paesi che rispettano l'autorità estraterritoriale dello statuto personale, l'influenza della territorialità, è quella che si riferisce alla prestazione degli alimenti, nella quale il rapporto creditorio degli uni membri della famiglia sui beni degli altri si confonde col presidio concesso dalla legge all'esecuzione di obblighi da essa ritenuti essenziali alla costituzione della famiglia e della società. Senonchè l'indole di tale rapporto fa sì che esso senta piuttosto positivamente che negativamente l'influenza della legge territoriale. Quando infatti trattasi della disciplina famigliare e del diritto di correzione, le stesse ragioni per cui si accordano al padre straniero i diritti di correzione ammessi nel territorio dov'egli si trova anche in proporzioni maggiori di quelle consentite dalla sua legge personale, inducono a negargli quelli che, attribuiti dalla legge sua personale, eccedessero i limiti segnati dalla legge del territorio. Invece la prestazione degli alimenti è un rapporto che, quando in un caso si concreti, non offende le leggi dello Stato che pure in quel determinato caso non la imporrebbe, ma che l'offende quando in onta alle leggi territoriali uno straniero potesse invocando la legge propria sottrarvisi; nel primo caso si ha un rapporto creditorio che si esplica secondo la propria legge ed una prestazione pietosa che la legge del territorio non può trovare pericolosa anche se la trova non necessaria; nel secondo è l'adempimento di un ufficio famigliare che la legge territoriale reclama come essenziale e cui uno straniero non può sottrarsi senza violare le leggi del vivere famigliare e civile

(1) Vedi pag. 376-8.

sancite nel territorio. Da ciò la ragione per cui i sistemi giuridici che sono basati sulla prevalenza della legge personale come quello del codice italiano, e che non vengono meno a questo loro criterio direttivo ogniqualvota autorizzano uno straniero a reclamare nel loro territorio gli alimenti da chi secondo la legge ivi vigente pur non sarebbe obbligato a prestarli; pur ammettono nel tempo stesso nel territorio ogni straniero a reclamare gli alimenti da coloro che sono tenuti a tale obbligo secondo la legge territoriale, anche se non lo siano secondo la legge personale di chi reclama e di chi è fatto oggetto del reclamo. Invece nei paesi dove prevale la territorialità gli stranieri sono ammessi a domandare gli alimenti alle persone designate dalla legge locale anche quando queste non vi fossero tenute secondo la legge personale, ma quando questa li dichiarasse obbligati a prestarli e tale obbligo non fosse sancito dalla legge territoriale, non si farebbe ragione a quella domanda. (1)

Il Rénault ritiene giustificata la prima soluzione dalle disposizioni del diritto italiano, e da quelle del diritto francese, sicchè giudica (2) che in Francia si debba ammettere la domanda di alimenti fra fratelli italiani (3) quantunque il diritto francese non ammetta tale obbligo fra fratelli, e nel tempo stesso stima giustificato che la si ammetta fra fratelli francesi in Italia dando così la preferenza alla disposizione della legge italiana. In Francia però ogni decisione in questi casi trova un ostacolo nella abituale dichiarazione di incompetenza che il Rénault critica tanto più a ragione quando si tratta non già di decidere una questione di statuto personale, ma di dedurne una conseguenza. Tentativi di ritenere la competenza non mancano, (4) ma è sempre notevole la insistenza delle corti superiori nel preferire l'incompetenza. (5)

In Spagna secondo la giurisprudenza del tribunale supremo il diritto degli stranieri di pretendere gli alimenti secondo la loro legge nazionale viene limitato come quello dei cittadini dalla re-

(1) Fabrès, *Du Dr. Int. Pr. dans la lég. du Chili*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, p. 137.

(2) *Rév. Critique*, 1883, pag. 722-4.

(3) Art. 141, C. C. It.

(4) Tribunale della Senna, 3 Maggio 1879. *Droit*, 14 Giugno 1879, e Trib. di Bona, vedi *Rév. Critique*, l. c.

(5) C. d'Appello d'Algeri, 16 Gennaio 1882.

gola, giustamente criticata, secondo la quale gli alimenti sono dovuti soltanto dal giorno in cui furono domandati in giudizio, e non dalla data anteriore della loro domanda estragiudiziale. (1)

598. — L'emancipazione non solo non è istituto comune a tutti i popoli civili, ma pur dove esiste è regolata diversamente sia rispetto al modo di compierla, sia rispetto agli effetti che ne derivano. Sotto quest'ultimo punto di vista può essere piena o meno piena, estinguere cioè del tutto od attenuare soltanto la patria potestà; dal punto di vista del modo, può compiersi in determinate circostanze per effetto della legge od essere la conseguenza di un atto volontario dei genitori comunque controllato dalla pubblica autorità. Inoltre così l'una come l'altra specie ha un diverso campo d'applicazione ed una diversa importanza intrinseca a seconda che la si considera in relazione ad un sistema di diritto che, come quello romano, non faccia cessare altrimenti la patria potestà se non colla morte dell'ascendente cui essa spetti, o che, come il diritto moderno nella sua quasi generalità, abbia già assegnato nell'età maggiore un termine al compiersi del quale la patria potestà debba legalmente cessare.

Entrambi i modi di emancipazione sono ammessi dalla maggior parte delle leggi che riconoscono l'emancipazione in genere. Secondo il nostro codice (2) il minore è emancipato di diritto col matrimonio; ed identici sono su questo punto il diritto francese (3) e spagnuolo. (4) Così nel diritto germanico (5) è regola generale che i figli e le figlie siano emancipate per effetto del loro matrimonio e non ritornino sotto la patria potestà nemmeno se il matrimonio fosse sciolto per la morte del coniuge prima ch'essi raggiungessero l'età maggiore. In Austria tali conseguenze del matrimonio sono molto limitate. I figli maschi (6) possono essere sciolti dalla patria potestà anche prima d'aver compiuto l'età di ventiquattro anni, se quando hanno raggiunto quella di venti il padre permette loro la direzione d'una propria economia; sicchè il figlio che non abbia raggiunto i vent'anni anche se sia maritato e stabilito separatamente dalla famiglia paterna, resta pienamente sog-

(1) Frantz Despagnet, *Bulletin de la Jurispr. Éspagnole*, Trib. Supr. di Madrid, 15 Aprile 1885, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1887, pag. 365, 6.

(2) Art. 310. — (3) Art. 476.

(4) Legge del 1870, art. 64.

(5) Lehr, *Dr. Germ.*, pag. 389. — (6) § 174.

getto alla patria potestà. Le figlie (1) passano maritandosi, sotto la potestà del marito rispetto alla persona; ma quanto ai beni, il padre conserva i diritti e gli obblighi di curatore fino alla loro maggiore età, e, morto il marito durante l'età minore della moglie, questa ritorna sotto la potestà del padre.

In Russia, dove l'estinzione della patria potestà non è conseguenza necessaria della età maggiore del figlio, questo che, come abbiamo accennato, si emancipa se, essendo maggiore, fonda uno stabilimento separato anche contro la volontà dei genitori, ottiene il medesimo risultato se lo fonda durante la minore età col loro consenso; ed il matrimonio delle figlie produce secondo il codice russo effetti analoghi a quelli ammessi dal codice austriaco, e dà origine ad una vera emancipazione secondo il codice baltico e la legge polacca. (2) Il diritto inglese non conosce l'istituto della emancipazione; ma ogni figlio maschio minore di vent'anni ed ogni donna minore di diciassette, possono fare un contratto di matrimonio con tutti i *settlements* di cui è suscettibile, colla sola condizione di ottenere l'omologazione dalla divisione di cancelleria dell'alta corte di giustizia. (3) Nulla v'è nel diritto inglese che ricordi l'emancipazione espressa, propria del nostro codice; ma l'individuo minore vi acquista per effetto della legge alcune capacità prima di raggiungere l'età maggiore; a 14 se è maschio ed a 12 se è femmina, può scegliere il proprio tutore dare e rifiutare il proprio consenso al matrimonio e disporre dei propri mobili per testamento; a diciassette anni può essere esecutore testamentario, ma non è atto però ad adempiere da solo a tale incarico. In Italia il minore (4) che abbia compiuto i diciotto anni, può venir emancipato dal genitore che eserciti la patria potestà, mediante dichiarazione fatta al pretore o dal consiglio di famiglia mediante apposita deliberazione; in Francia basta che il minore, se ha genitori, abbia compiuti i quindici anni (5) e la dichiarazione è ricevuta dal giudice di pace assistito dal proprio cancelliere; soltanto se trattasi di un minore restato privo di genitori, la deliberazione del consiglio di famiglia (6) che voglia emanciparlo non potrà aver luogo se non quando esso abbia compiuti i diciotto anni. Nei Paesi Bassi è ne-

(1) § 175. — (2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 103, 4.
(3) Lehr, *Dr. Civ. Anglais.*, pag. 33. — (4) Art. 311.
(5) Art. 477. — (6) Art. 478.

cessario che il minore abbia compiuti i vent'anni e l'emancipazione si compie mediante dichiarazione dell'alta corte approvata dal re; la cui autorizzazione è necessaria anche in Spagna, per l'emancipazione volontaria che risulta dal comune accordo di padre e figlio che ne facciano notare al governo qualche motivo ragionevole; in Austria invece occorre (1) la volontà del padre e l'autorizzazione del giudice; in Russia è sufficiente l'accordo fra il genitore e il figlio il quale può prestare il consenso da solo se è maggiore, e, se non ha raggiunto la maggiore età, deve essere assistito da un apposito tutore.

599. — Rispetto agli effetti, il valore della emancipazione varia da una attenuazione della potestà paterna ad una dichiarazione anticipata di età maggiore. Il minore emancipato diventa secondo il diritto italiano pienamente capace per tutti gli atti non eccedenti la semplice amministrazione, (2) ma per tutti gli altri atti ha bisogno o dell'assistenza del curatore (3) o l'assistenza del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia e di tutela; (4) od anche l'omologazione del tribunale. (5) Analoghi sono gli effetti che produce l'emancipazione secondo il diritto francese. (6) Nel diritto dei Paesi Bassi il concetto dell'emancipazione si avvicina a quello della dichiarazione anticipata di maggiore età colla quale però non si può del tutto identificarlo perchè l'emancipato non ha facoltà di contrarre matrimonio senza il consenso degli ascendenti, e perchè la corte che lo emancipa può vietargli di fare certi atti di disposizione. (7) Invece il codice austriaco (8) pareggia del tutto al maggiore il minore emancipato, d'accordo in ciò coi codici di Berna, (9) Zurigo (10) e Sassonia (11) e col diritto spagnuolo secondo il quale soltanto in caso di emancipazione volontaria il genitore emancipante conserva a titolo di compenso l'usufrutto della metà dei beni avventizii. Secondo il diritto russo il figlio maggiore

(1) § 174. — (2) Articolo 317.

(3) Art. 318: riscuotere capitali sotto condizione di idoneo impiego e stare in giudizio sia come attore sia come convenuto.

(4) Art. 319: tutti gli altri atti eccedenti la semplice amministrazione.

(5) Art. 319: atti di alienazione, pegno, ipoteca, mutuo, compromesso, divisione.

(6) Articolo 481, 2, 3. 4.

(7) C. C. Neerland., art. 474, 8, 9. — (8) § 174.

(9) Art. 165. — (10) Art. 276. — (11) Art. 1831, 2.

che fonda una stabilimento separato resta per effetto di ciò completamente libero dalla patria potestà; il figlio minore nello stesso caso acquista diritti eguali se insieme col consenso dei genitori ha ottenuto da loro una dichiarazione anticipata di maggiore età; se non la ottenne resta pareggiato all'emancipato del diritto nostro, e finchè non abbia raggiunto quell'età abbisogna dell'assistenza di un tutore. (1)

600. — L'effetto internazionale di queste varie norme legislative è variamente regolato secondo i criteri rispettivamente adottati nei varii paesi circa lo stato e la capacità della persona; e vi si applicheranno a seconda del criterio preferito o le leggi nazionali delle parti, o quelle del loro domicilio, o quelle del luogo dove esse si trovano o dove si trovano i loro beni. Perciò un inglese non potrà emancipare il proprio figlio minore nè in Italia, nè in Francia non potendovi, secondo i criterii di diritto internazionale privato che vi sono adottati, approfittare di una istituzione locale non riconosciuta nel suo paese; potrà emanciparlo invece in Germania quando vi sia domiciliato; e per converso uno straniero non potrà legittimare il figlio in Inghilterra; e se lo avrà emancipato nella sua patria, l'emancipazione non sortirà alcun effetto sulla validità delle convenzioni stipulate e sulla disposizione dei beni posseduti dal minore in territorio inglese. Così l'emancipato austriaco o sassone in Italia vi godrà delle stesse capacità di un maggiorenne e l'emancipato francese di sedici anni vi sarà riconosciuto come emancipato quantunque di due anni inferiore al limite minimo di età al quale secondo la legge italiana può aver luogo una emancipazione espressa. È poi chiaro che per le emancipazioni cui si proceda all'estero, sia universalmente riconosciuta la validità delle forme locali, ogniqualvolta non ne fosse per accordo d'entrambi gli Stati cui appartengono le parti, riconosciuta la competenza agli ufficiali consolari; meno ancora infatti che nella celebrazione del matrimonio contratto da sudditi all'estero, può essere indotto uno Stato ad opporsi alla osservanza delle forme locali nella emancipazione. Del resto secondo la nostra legge consolare, i consoli come hanno le attribuzioni dell'ufficiale dello stato civile rispetto alla celebrazione dei matrimoni dei nazionali, così hanno pur quelle dei pretori per gli atti di emancipazione.

(1) Lehr, l. c., pag. 103.

Una questione che, mancando speciali disposizioni di leggi ed accordi convenzionali, può sorgere dove gli stranieri non siano, come in Italia, pareggiati ai cittadini nell'esercizio dei diritti civili è quella: se sia loro concesso di procedere all'emancipazione. Tale dubbio è stato sollevato nel diritto francese (1) da chi sostiene che l'emancipazione è un diritto civile al cui esercizio gli articoli 11 e 13 del codice civile francese vietano implicitamente l'ammissione degli stranieri se non in caso di reciprocità stabilita da trattati o di stranieri che siano stati ammessi al domicilio; e che il giudice di pace in ogni caso non è obbligato a prestare il proprio ministero ad uno straniero.

Ma il Laurent dimostra questi dubbì insussistenti anche nel sistema del diritto francese. Il matrimonio, egli dice, (2) è un diritto naturale cui gli stranieri sono ammessi; gli effetti ne sono riconosciuti e regolati secondo il diritto personale delle parti; dunque se questo diritto nazionale ne fa derivare l'emancipazione dei coniugi minori, questi son reputati emancipati anche in Francia; ora se l'emancipazione ha luogo in virtù della legge nel caso del matrimonio, perchè il padre straniero non potrebbe emancipare in Francia con un atto di volontà? « C'est en definitive, sa volonté qui émancipe, puisque son mariage se fait par son consentement. D'ailleurs la puissance paternelle est aussi de droit naturel de l'aveu de tous; donc l'affranchissement de cette puissance appartient au droit des gens plutôt qu'au droit civil ». Inoltre il Laurent dimostra come alla giurisdizione volontaria si possa tanto meno estendere quella regola discutibile e tanto combattuta anche rispetto alla giurisdizione contenziosa, e secondo la quale i tribunali non sono istituiti se non per rendere la giustizia ai francesi, e sono autorizzati, ma non obbligati a giudicare le contestazioni che gli stranieri portano davanti a loro.

Ad una diversa soluzione non si potrebbe giungere se non nel caso di un accordo fra lo Stato nel cui territorio si vuol fare l'emancipazione e quello cui appartiene chi vuol procedervi per attribuire la facoltà di riceverla al solo magistrato di quest'ultimo. Secondo la giurisprudenza in tale condizione si troverebbero la Francia e la Svizzera per effetto del trattato del 15 Giugno 1869

(1) Gand, *Code des étrangers*, pag. 321, 344.
(2) Op. cit., vol. VI, pag. 118, 9.

sulla competenza giudiziaria e l'esecuzione delle sentenze. Avendo un tribunale del Cantone di Friburgo accolta la domanda di emancipazione di un suddito francese, la Corte superiore in seguito a ricorso dichiarò la magistratura svizzera incompetente per effetto degli articoli 10 ed 11 della Convenzione del 15 Giugno 1869. È contestabile però che tali articoli possano ritenersi applicabili in generale all'emancipazione; parlano di *contestazioni* e dell'obbligo dei tribunali di dichiararsi anche d'ufficio incompetenti a deciderle, e perciò non potrebbero addursi nemmeno nei rapporti fra la Francia e la Svizzera a suffragio del dubbio combattuto dal Laurent. (1) Non potrei però dividere l'opinione del Laurent quando egli dice che paesi come l'Italia, la Francia ed il Belgio, i quali ignorano l'emancipazione per approvazione del re propria del diritto olandese e spagnuolo, non potrebbero riconoscere quella così ottenuta all'estero dai loro sudditi. Dato che le leggi di un paese non facciano restrizioni esplicite alla regola *locus regit actum* rispetto agli atti giuridici compiuti dai sudditi all'estero, non comprendo perchè si debba sottintenderne una in questo caso; trattasi di una condizione analoga a quella della legittimazione per rescritto del principe; e nell'un caso e nell'altro non è per capriccio che il principe agisce, ma bensì nei limiti segnati dalla legge dello Stato; e pare strano che la forma esterna di un atto compiuto all'estero sia riconosciuta valida nel paese cui appartengono le parti se nella sua redazione concorra un pretore, e non più se deriva dall'atto di un principe regnante. Tuttociò poi che riguarda più in particolare gli effetti della emancipazione si confonde in gran parte col regolamento internazionale dello stato e della capacità della persona in genere e col riconoscimento del regime della tutela.

601. — Trattando infatti delle misure per tutelare le persone incapaci od incompletamente capaci dal punto di vista del diritto internazionale, si presenta come consigliabile una partizione della materia diversa da quella necessaria nel trattarne dal punto di vista del diritto interno. Al diritto interno d'uno Stato interessa la distinzione fra tutela, curatela e consulente giudiziario, dove quest'ultimo sia ammesso; al diritto internazionale invece tutte

(1) Trib. Cantonale di Friburgo, 30 Gennaio 1884, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 245.

queste istituzioni escogitate a profitto degli incapaci si presentano cogli stessi caratteri di competenza per quanto riguarda la legge regolatrice e cogli stessi titoli di estraterritorialità. Sicchè senza far distinzioni fra le loro specie rispetto ad una stessa categoria di persone, è necessario distinguere quelle misure in quanto tendono a proteggere in qualsiasi grado un minore che sia ancora incapace od un maggiore che abbia perduta o diminuita la propria capacità, e, nell'uno come nell'altro caso, in quanto facciano sentire i proprii effetti sulla persona o sui beni della persona protetta.

In Italia è normalmente soggetto a tutela il minore privo di entrambi i genitori fino alla maggiore età; (1) il tutore può essere designato per testamento o per atto notarile del genitore superstite, (2) od in mancanza di tale indicazione, dalla legge nelle persone successivamente indicate dell'avo paterno e di quello materno, (3) o, mancando anche questi, deve essere nominato dal consiglio di famiglia. (4) Inoltre chi istituisce erede un minore può nominargli un curatore speciale per l'amministrazione dei beni lasciatigli, ma per l'amministrazione soltanto e senza veruna rappresentanza legale del minore stesso. (5) Rispetto ai figli naturali infine (6) venendo a cessare durante l'età minore dei figli la tutela legale attribuita ai genitori (7) o trattandosi di figli minori di genitori ignoti non ricoverati in un ospizio, sarà provveduto alla nomina di un tutore dal consiglio di tutela. A maggior protezione del minore è costituito (8) per tutta la durata della tutela presso il pretore del mandamento dove si trova la sede principale degli affari del minore, un consiglio di famiglia composto del pretore e di quattro consulenti, ed un protutore (9) che agisce per il minore e lo rappresenta nei casi in cui l'interesse di lui sia in opposizione con quello del tutore, promuove la nomina di un nuovo tutore in caso di tutela vacante od abbandonata e rappresenta frattanto il minore potendo fare tutti gli atti conservativi ed anche amministrativi che non ammettono dilazione.

Così la patria potestà continua ad esercitarsi sul minore, smembrata fra più autorità che reciprocamente si completano e nel tempo stesso si controllano. Il tutore ha cura della persona del

(1) Art. 241. — (2) Art. 242. — (3) Art. 244.
(4) Art. 245. — (5) Art. 247. — (6) Art. 248.
(7) Art. 184. — (8) Art. 249. — (9) Art. 266.

minore (1) e lo rappresenta negli affari civili, ma (2) quando la tutela non sia esercitata dall'avo paterno o materno, il consiglio di famiglia ha facoltà di scegliere il luogo dove il minore debba essere allevato, e di deliberare sulla educazione che convenga dargli, dopo aver sentito lo stesso minore quando abbia compiuto il decimo anno; ed al consiglio di famiglia (3) il tutore deve rivolgere i suoi lamenti contro il minore e quest'ultimo i reclami contro di quello. Quando invece il minore sia emancipato, non ha più accanto a sè un tutore che lo rappresenta, ma un curatore che lo assiste, e la sua capacità ad atti indipendenti ne risulta notevolmente accresciuta. (4) Tali funzioni protettrici della persona dei minorenni sono secondo il nostro diritto essenzialmente gratuite.

Nel diritto francese vige lo stesso principio ed anche nel resto è analoga a quella del diritto nostro la istituzione della tutela. Senonchè vi prende questo nome anche l'autorità esercitata sui figli da un solo genitore rimasto vedovo mentre secondo il nostro diritto essa non è se non la continuazione dell'esercizio della patria potestà; (5) nel conferire per legge la tutela agli ascendenti (6) si va anche oltre al primo grado; il consiglio di famiglia non è permanente e si compone del giudice di pace e di sei parenti del minore. (7)

In Spagna le istituzioni dirette alla tutela degli incapaci prendono il nome generico di *guarda* e si distinguono in tutela e curatela o *curaduria* secondo che riguardano orfani impuberi od orfani puberi ma minori di venticinque anni. Nella designazione del tutore prevale anzitutto la volontà del padre (e, dopo la legge del 1870, nella sua mancanza, quella della madre); ed in quanto riguarda le tutele speciali, vige la massima che chiunque possa nominare un tutore ad un minore istituito erede. Se manca il tutore testamentario, la legge chiama successivamente l'avo paterno e quello materno, l'ava paterna e materna e gli altri prossimi parenti fra i quali spetta al giudice designare il più prossimo che la legge vuole preferito; che se più d'uno avessero i requisiti richiesti, tutti quelli che si trovano in tali condizioni sono chiamati alla tutela per mettersi successivamente d'accordo circa la delegazione da farsene ad uno fra loro dell'esercizio nell'interesse di una migliore amministra-

(1) Art. 277. — (2) Art. 278. — (3) Art. 279-80. — (4) V. pag. 397, 399.
(5) Art. 389-397. — (6) Art. 402-3-4. — (7) Art. 405 e segg.

zione, e salvo nel giudice il diritto di procedere alla delegazione se essi non arrivano ad intendersi. Quando manchi un tutore testamentario o legittimo, la nomina spetta al giudice dell'ultimo domicilio del padre o della madre la cui morte dà origine alla tutela. Scopo di questa è specialmente la protezione della persona del minore; la curatela invece è istituita specialmente per i suoi interessi economici e non importa se non come ufficio sussidiario la cura della sua persona; alla sola curatela sono soggetti *ipso jure* tutti i minori soggetti a tutela da quando hanno raggiunta la pubertà fino al venticinquesimo anno compiuto; se il curatore non fu nominato dal padre o dalla madre spetta designarlo al minore stesso.

Il tutore o curatore comunque nominato riceve la propria investitura (1) dal giudice, e presta giuramento. (2) Così l'uno come l'altro esercita sulla persona del minore una autorità semipaterna sempre soggetta al sindacato del giudice, ed il loro intervento è indispensabile per la validità di ogni atto che potesse portare pregiudizio all'incapace. Tali uffici non sono poi gratuiti in Ispagna come nel nostro paese ed in Francia; spetta al giudice decidere nei singoli casi e secondo le circostanze, se il tutore o curatore debba essere ammesso ad appropriarsi tutte le rendite del minore coll'obbligo di provvedere interamente ai suoi bisogni, alla sua educazione ed alla conservazione de' suoi beni, o se gli si debba attribuire una quota di utili rappresentata da un tanto per cento sulle rendite a titolo di onorario e da prelevarsi oltre la somma fissata per la pensione e l'istruzione dell'incapace, devolvendo tutto il resto delle rendite ad aumento del capitale. (3)

602. — La istituzione della tutela si presenta anche nei diritti germanici sotto il controllo assoluto delle autorità pupillari distinte dai nostri consigli di famiglia e cui spetta omologare la maggior parte degli atti del tutore. (4) Questo esercita (5) la sua

(1) C. di Proc. Civ. Spagn., art. 1270. — (2) Cod. cit., art. 1269.

(3) Cod. cit., art. 1261 e segg. Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 175, 6.

(4) Nel Cantone di Schwitz, quando trattasi dei beni dei minori soggetti a tutela, interviene il consiglio comunale le cui deliberazioni, quando non trattasi di pagamento o di divisioni d'eredità, devono essere ratificate dal consiglio di governo. *Annuaire de Lég. Étr.*, 1886, pag. 482 e *Annuaire* 1885, pag. 630, legge svedese del 10 Aprile 1884, sulla sorveglianza dell'amministrazione tutelare dei beni dei minori, art. 15.

(5) Landr. Pruss. II, 18, 232.

autorità collo scopo del bene fisico e morale del minore e ne dirige la educazione sotto il sindacato delle autorità pupillari; rappresenta il minore nel modo più assoluto; poichè non solo questo non ha facoltà di obbligarsi senza l'autorizzazione espressa di lui; ma non è generalmente nemmeno necessario ch'esso intervenga agli atti fatti in suo nome dal tutore. Eccezionalmente il codice di Zurigo prescrive che, una volta giunti i minori all'età del discernimento, siano chiamati ad assistere con voce consultiva all'inventario dei loro beni ed a tutte le altre deliberazioni importanti concernenti i loro affari. (1) Il codice dei Grigioni procede più avanti nel senso del diritto spagnuolo, e non sottomette alla tutela propriamente detta se non i minori di diciassette anni, trasformando (2) da questa età ai vent'anni la tutela in una semplice curatela. Più generale è la norma che fa ravvisare nella tutela un ufficio suscettibile di rimunerazione; la sancisce anche il codice austriaco disponendo che il giudice (3) possa accordare ai tutori diligenti sugli avanzi dei redditi una adeguata rimunerazione annua che non oltrepassi però mai la quota del cinque per cento sulla rendita netta, nè sia maggiore di quattromila fiorini per anno. La curatela del diritto austriaco che attribuisce all'emancipazione il valore di una dichiarazione anticipata di maggiorità, è riservata come istituto permanente soltanto per gli incapaci maggiori di età, mentre il tutore deve aver cura della persona e delle sostanze del minore. (4) Alla tutela può essere chiamato taluno per testamento, per legge o per decreto del giudice, ma in ogni caso l'autorità non può essere da quello esercitata se non dopo l'investitura ottenuta da questo. (5)

I diritti del padre circa l'educazione del minore, ed i doveri di obbedienza di quest'ultimo sono rispettivamente esercitati e fatti valere dal tutore, ma nei casi gravi questo dovrà rivolgersi per chiedere assenso od istruzioni al giudice pupillare. (6) Quando il minore debba comparire in giudizio o come attore o come convenuto, il tutore deve rappresentarvelo o provvedere perchè vi sia rappresentato da altri, ed il minore può bensì acquistare con atti leciti anche senza l'autorizzazione del tutore, ma senza di questa non può nè alienare qualsiasi cosa propria, nè assumere

(1) Art. 343. — (2) Art. 100-5. — (3) Art. 266. — (4) § 187, C. C. A.
(5) § 190, 200, 4, 5, 6. — (6) Art. 216-222.

obbligazioni. (1) Soltanto al minore che abbia compiuto il ventesimo anno (2) il giudice pupillare può affidare la libera amministrazione dei redditi che sopravanzano dopo detratte tutte le spese; e, nei limiti di questo avanzo affidato alla sua amministrazione, il minore può obbligarsi di propria autorità.

La tutela secondo il diritto russo è applicabile sempre ai minori privi di genitori ed in caso d'incapacità ai maggiori. Il minore fino ai diciassette anni è affidato ad un tutore; soltanto quando abbia raggiunto il quattordicesimo anno, il minore che trovasi sotto tutela può ottenere che si sostituisca al tutore avuto fino a quel tempo, altra persona di suo gradimento; dal diciassettesimo al ventesimo anno egli poi trovasi in condizione analoga a quella dell'emancipato del diritto nostro. La tutela è deferita al tutore designato nel testamento dal genitore, ed in mancanza di questo, spetta ad apposita autorità la designazione del tutore dativo; in Russia non esiste oltre ai genitori verun tutore designato dalla legge; bensì nelle provincie baltiche dove la tutela spetta per legge agli avi; nell'Ukrania dove essa è deferita in mancanza di tutore testamentario ai fratelli germani maggiorenni, agli zii ed agli altri parenti paterni, agli zii e parenti materni, alle cugine maritate dal lato paterno e materno, che la esercitano insieme coi loro mariti; ed in Polonia dove nello stesso caso la tutela spetta successivamente agli ascendenti paterni e materni. L'autorità cui spetta designare il tutore dativo è diversa a seconda delle varie classi sociali. Quando si tratta di orfani nobili tale diritto spetta ad una commissione eletta dal corpo della nobiltà del circondario al cui maresciallo ne spetta la presidenza; quando l'orfano è figlio di un membro del clero inferiore, il tutore vien designato dall'autorità ecclesiastica; se è figlio di altra persona non appartenente alla nobiltà ereditaria, di un abitante delle città, di un ebreo abitante o nelle proprie terre od in quelle di altri proprietari; o di operai delle fabbriche ed officine dello Stato, dal tribunale degli orfani, che è una emanazione dell'autorità municipale; se infine di un abitante di comuni rurali, dalla assemblea comunale. Quando manca un tutore testamentario, l'imperatore ha poi sempre, indipendentemente dai tribunali competenti per diritto comune, il diritto di provvedere alla nomina; ed in Polonia fu inoltre conservata al

(1) § 243 4. — (2) § 247.

consiglio di famiglia la nomina del tutore dativo. La legge non fissa il numero dei tutori che può essere di uno o di più secondo l'importanza e la estensione dei beni che si tratta di amministrare. Quando vi sono più tutori è ammesso che, rappresentando essi collettivamente la persona del minore, siano obbligati a presentarsi insieme davanti ai tribunali ogniqualvolta il loro tutelato vi figuri o come attore o come convenuto. Oltre ai diritti di ordine personale che risultano nel tutore dai vari gradi di incapacità che corrispondono alle varie età del minore, gli compete anche l'ufficio di provvedere all'educazione di questo; può pretendere alla sua obbedienza ricorrendo però all'autorità pupillare ogniqualvolta credesse necessario prendere qualche misura severa; lo rappresenta legalmente, ed ha diritto ad una rimunerazione, che è negata eccezionalmente soltanto dal diritto polacco e dallo Stadtrecht estoniano, e che è fissata secondo il codice russo, il Landrecht delle provincie baltiche e lo Stadtrecht di Curlandia, al cinque per cento delle rendite, al dieci secondo il diritto particolare di Ukrania, ed è abbandonata alla determinazione delle autorità pupillari secondo lo Stadtrecht di Livonia. Le tutele istituite dall'Imperatore non sono sottoposte alla regola del diritto comune. (1)

Il diritto inglese non ammette la tutela puramente testamentaria se non per i figli legittimi; ma il tribunale conferma la scelta di un tutore fatta dal padre per i proprii figli naturali: questa tutela però non dura se non fino al sedicesimo anno del minore. La stessa tutela della madre non può risultare se non da un giudizio del tribunale, ma questo se il padre morì senza designare un tutore, suol preferire la madre a qualunque altro. (2) In mancanza di un tutore testamentario, la scelta vien fatta o dal minore stesso o dalla sezione di cancelleria dell'alta corte che però, quando non si tratti di casi eccezionali non procede alla nomina di un tutore se non nel caso che il minore possieda beni alla cui amministrazione sia necessario provvedere. La tutela è, come secondo il diritto nostro, un ufficio gratuito, ma se nessuno vuol accettarla, il tribunale può nominare un amministratore stipendiato. Quantunque essa sia istituita specialmente con riguardo ai beni, chi ne è rivestito esercita autorità sulla persona del minore del quale può determi-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 109-143.
(2) Pavitt l. c., pag. 130.

nare il luogo ed il modo dell'educazione; se però egli volesse sottrarlo alla giurisdizione della Corte e questa avesse argomento a temere qualche danno per la persona od i beni del minore, potrebbe esigere dal tutore la prestazione di garanzie prima di consentire a lasciarlo sottrarsi così dalla propria sorveglianza. La capacità dei minori è pareggiata, indipendentemente dall'intervento del tutore, a quella dei maggiori, ogniqualvolta essi facciano un contratto relativamente a cose che son necessarie alla vita secondo la loro condizione sociale, ed in modo che favorisca i loro interessi. (1)

603. — Ora prima di accennare a quali conflitti possa dar luogo l'organizzazione della tutela ed il riconoscimento in un paese della tutela costituita in un altro, è necessario vedere in quanto ne possano sorgere circa l'ammissione di uno straniero a reggere od a partecipare comechessia alla tutela di un nazionale. È una questione diversa da quella, apparentemente analoga, esaminata a proposito della emancipazione; in questo caso infatti si trattava di indagare se gli stranieri possano approfittare della giurisdizione contenziosa e volontaria di uno Stato, in quello si tratta di sapere se le autorità di uno Stato chiamate a costituire ed a controllare la tutela dei minori loro concittadini, possano e debbano riconoscere ai parenti stranieri di questi, l'autorità tutoria legittima, o chiamare altri parenti loro ed amici loro pure stranieri alla tutela dativa.

Tale questione è risolta in modo indubbio nel senso affermativo dal nostro diritto, ed in senso esplicitamente negativo nel diritto particolare dell'Ukrania, della Polonia e delle Provincie Baltiche. (2) Nella maggior parte delle altre legislazioni prevale il principio accolto dalla legge nostra. La legge prussiana del 1875 non pronuncia alcuna incapacità, ma stabilisce soltanto che per i non prussiani la tutela cui pur sono ammessi non costituisce come per i prussiani un ufficio obbligatorio; il Würtemberg che aveva esclusi gli stranieri con una legge del 7 Marzo 1809, li ammise con un'altra legge del 1876 colla sola condizione che se il tutore non è tedesco o non abita il territorio tedesco, abbisogni per poter entrare in ufficio di una autorizzazione del ministro della

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 30-3.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 120-2.

giustizia domandata dall'autorità tutelare. Una regola analoga è sancita dalla legge ungherese del 1877, (1) e quantunque il codice austriaco (2) disponga rispetto alla tutela dativa che di regola non debbano chiamarvisi persone che abitano Stati esteri, pure altre disposizioni particolari derogano a tale divieto e decidono che, quantunque non sia austriaco, un individuo è validamente chiamato alla tutela per disposizione di ultima volontà, per accordi di famiglia, od anche in qualità di prossimo parente del minore, purchè tale vocazione di uno straniero non debba causare al minore verun danno. (3) La giurisprudenza olandese ammette pure che, senza pregiudicare la scelta del diritto dal quale debba venir retta la tutela degli stranieri e dei neerlandesi, a quest'ultima possa essere validamente chiamato anche uno straniero. (4)

Ma la giurisprudenza francese e belga non è concorde in questo senso nel risolvere la medesima questione; il dubbio circa la opportunità di applicare in questo caso le restrizioni risultanti dagli articoli 11 e 13 del codice civile, si presta invece alle soluzioni più disformi. Il tribunale di Namur (5) nella causa del principe di Rheina Wolbeck contro il Conte di Berlaimont, ha deciso che uno straniero non possa essere investito in Belgio delle funzioni di tutore; e la corte di Parigi (6) ammetteva con molte riserve che gli stranieri possano essere investiti della tutela legale, riconoscendo che un ascendente straniero può essere tutore dei proprî nipoti francesi minori « soprattutto se risiede in Francia » ed aggiungendo: « il convient de reconnaitre que la loi civile n'a pas exigé, à peine de nullité, la qualité de citoyen français, chez le tuteur légal tout au moins, lequel tient son attitude et son appel à la tutelle de son droit de puissance paternelle ». In questo stesso senso aveva deciso il 16 Febbraio 1875 la corte di cassazione (7) esaminando se un avo straniero sia validamente

(1) Articolo 60. — (2) § 192.

(3) Vesque v. Puttlingen, l. c., pag. 260.

(4) Trib. di Maestricht, 28 Dicembre 1843 e 20 Dicembre 1868, Hingst l. c., Cap. VI.

(5) 12 Agoslo 1872, *Ad. D. Bulletin di Jurispr. belge en matière de Dr. Int.*, *Revue de Dr. Int.*, 1874, pag. 275.

(6) 21 Agosto 1879, Baucheron c. Dum, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 196.

(7) Dalloz, 1876, 1, 49.

nominato dal consiglio di famiglia, protutore dei suoi nipoti francesi, dicendo che « la tutela deriva, come la patria potestà, dal diritto di protezione e di sorveglianza dei minori; che da tale sorveglianza le leggi francesi non escludono gli stranieri; che tale esclusione sarebbe contraria agli interessi dei minori per la difesa dei quali la tutela è stata istituita, portandosi così d'altronde offesa al principio d'autorità che serve di base alla famiglia. Inoltre passando dalla partecipazione degli ascendenti a quella degli altri parenti ed affini alla tutela, il tribunale di Briey (1) dichiarò ch'essi pure possono malgrado la loro estraneità far parte del consiglio di famiglia. Più tardi il tribunale della Senna esaminò incidentalmente il diritto dei parenti stranieri di entrare nel consiglio di famiglia di un minore francese. Gli si domandava di annullare una deliberazione di un consiglio di famiglia, cui non erano stati chiamati i due zii materni stranieri di minori francesi. Il tribunale però non si è pronunciato sulla questione di principio, e rifiutò l'annullamento soltanto per la massima costante nella giurisprudenza che le irregolarità commesse nella composizione del consiglio di famiglia non importano per se stesse la nullità, ma la producono soltanto quando vi sia stato dolo od almeno serio pregiudizio per il minore. (2) In Francia dunque non è dato se non constatare una tendenza favorevole all'ammissione dello straniero alla tutela testamentaria o legale, ma nel tempo stesso anche a farne dipendere la opportunità e la necessità dell'ammissione dall'interesse del minore; quando poi si tratta della tutela dativa vi persistono più forti le obbiezioni.

604. — Non manca però chi le combatte e ne dimostra l'inammissibilità nel sistema del diritto francese. Il Chavegrin (3) nega l'applicabilità a questo caso dell'articolo 11 del codice civile e pensa che agli stranieri spetti in Francia l'esercizio di tutti i diritti privati, di cui le leggi francesi espressamente non li privino. Ora nessun testo francese proibisce implicitamente od esplicitamente la loro ammissione alla tutela; ma anche se l'articolo 11 negasse agli stranieri i diritti civili, non sarebbe questa una buona ragione

(1) 24 Genn. 1878, Dalloz 1879, 3, 40.

(2) Causa Chaulnes, Trib. civ. d. Senna, 6 Giugno 1882; conferm. dalla Corte d'Appello di Parigi, 2 Dicembre 1882. V. Chavegrin, *De la tutelle des mineurs en droit int. privé.*

(3) L. c., pag. 515 e segg.

per escluderli dall'esercizio della tutela; poichè (1) quantunque i poteri e le obbligazioni del tutore siano diversamente regolati secondo le varie legislazioni, l'istituzione in se stessa è di diritto naturale ed appartiene essenzialmente al *jus gentium*. Se la tutela fosse veramente una dipendenza del diritto civile, essa dovrebbe presentare questi caratteri non solo nei riguardi del tutore ma anche in quelli del minore, e perciò la sua costituzione dovrebbe essere limitata a profitto dei minori francesi; (2) ma tutti rifuggono da una simile conseguenza; dunque non può dirsi che la tutela sia organizzata col solo obbiettivo dei diritti riservati ai nazionali e costituisca per il minore un puro diritto civile. E se non è tale per il minore, come pretendere che sia semplicemente un diritto civile per il tutore?

Nè in tal guisa si può dire che venga modificata la legge invece di interpretarla, poichè dimostrando che la tutela non è secondo il sistema francese un puro diritto civile e che tale principio è già riconosciuto in Francia nei riguardi del minore straniero, lungi dal falsare il senso dell'articolo 11 del codice civile, si determina invece il suo campo d'applicazione. Ma un'altra obbiezione sollevata in Francia contro l'esercizio della tutela su francesi da parte di stranieri, è il non essere quella una semplice istituzione di diritto privato ma un *munus publicum* imposto dal legislatore e perciò riservato ai nazionali; è questa la dottrina già professata dal Pothier. (3) Il Chavegrin combatte anche questa obbiezione sostenendo che la tutela non è più un ufficio pubblico secondo il diritto attuale e che molti testi di legge la distinguono nettamente dalle funzioni pubbliche. Gli articoli 34 e 42 del codice penale francese, enumerando d'un lato le incapacità che formano nel loro complesso la degradazione civica, dall'altro quella che i tribunali possono infliggere ai condannati, distinguono con gran cura l'esclusione dagli impieghi pubblici e l'interdizione dal partecipare ad una tutela. Secondo lo stesso articolo 42 bisogna guardarsi dal confondere *i diritti di famiglia* coi *diritti civici*; ed il diritto di concorrere alla gestione tutelare si rannoda a quelli della prima categoria. L'influenza di tale concetto si fa anzi sentire anche nel modo di nomina dei tutori, come venne regolato dal codice

(1) Pag. 517. — (2) LAURENT, vol. III, pag. 603.
(3) Pothier Des personnes, n° 155.

civile; la scelta non ispetta più ai tribunali come nel diritto antico, ma alla famiglia stessa, quantunque presieduta dal giudice di pace. Che se il codice francese (1) parla di *cittadini* chiamati alla tutela, facendo così mostra di riservare tali funzioni a coloro che sono investiti dell'esercizio dei diritti civici, lo stesso codice si serve altrove (2) di termini generali come *individuo* o *persona*.

Mentre dunque la soluzione affermativa non è in assoluta opposizione con qualche testo proibitivo della legge francese, corrisponde agli interessi del minore ed alle esigenze dell'equità che sarebbe offesa se potessero venir esclusi parenti più vicini e talora uno dei genitori stessi del minore. E siccome per comune consenso il padre straniero esercita durante il matrimonio la potestà sulla persona dei figli minori ed ha l'amministrazione legale dei loro beni, si evita in molti casi la contraddizione in cui si cadrebbe se uno straniero, il quale, vivente il suo coniuge, amministra anche abitando fuori del proprio paese i beni dei minori nati nel matrimonio, dovesse dopo la vedovanza abbandonare tale gestione rimettendola ad altro tutore. (3) E se la parità dei diritti fra francesi e stranieri nella tutela deve ammettersi relativamente ai congiunti in linea ascendente, lo stesso principio può pur applicarsi a tutti gli altri tutori, siano essi parenti collaterali o puramente amici. La legge non fa distinzioni fra gli uni e gli altri, ed a torto si cercò di trovarne negli articoli 34 e 42 del codice penale che, privando il condannato del diritto di essere tutore in generale, gli lasciano quello di esercitare la tutela legale sui proprii figli; ma sarebbe erroneo applicare agli stranieri disposizioni che non furono fatte per loro. Si obbietta ancora che lo straniero può facilmente abbandonare la Francia dove la gestione tutelare ha la sua sede e che, non possedendo egli spesso immobili in Francia, l'ipoteca legale del minore può diventare così sovente lettera morta; ma si può rispondere che anche il francese privo di immobili può essere tutore, e che contro ogni altro pericolo servono di garanzie od il vincolo della parentela, o la scelta che fu fatta

(1) Articoli 427, 428, 430, e 432.

(2) Articolo 433, 4, 5.

(3) Tale ipotesi del Chavegrin è propria del diritto francese, secondo il quale il genitore superstite acquista la tutela legale dei figli; non del diritto nostro e degli altri sistemi secondo i quali in esso continua l'esercizio della patria potestà.

dal genitore sopravvivente, o quella del consiglio di famiglia. (1) Ad ogni modo nel senso di tutte queste ragioni non si può ancora constatare se non una tendenza della giurisprudenza francese che è del resto ben lungi dall'essere fissata specialmente per quanto riguarda la tutela dativa.

605. — Ma pur risolta rispetto agli stranieri la questione della loro ammissione alla tutela dei nazionali, resta a rispondere in quanto alla tutela dei minori a non poche domande. Dove la tutela potrà essere costituita? Secondo quale legge dovrà essere regolata? Una volta costituita in un paese, quali effetti produrrà negli altri, in quanto si riferisce alla persona del minore? Quali in ciò che si riferisce ai suoi beni? Il diritto inglese e quello americano rappresentano l'applicazione del concetto della territorialità, sia per quanto si riferisce alla deliberazione nel territorio rispettivo di provvedimenti tutelari relativi al minore straniero che vi si trovi; sia per quanto riguarda il riconoscimento dell'autorità personale derivante al tutore di uno straniero da una tutela costituita all'estero. La Corte di Cancelleria inglese è competente a provvedere alla persona dei minori domiciliati in Inghilterra applicando loro la legge inglese; la dottrina americana è così esposta chiaramente dal Field: (2) « I tribunali di una nazione hanno il diritto di nominare un tutore per prender cura della persona di un minore che si trovi sul territorio di questa nazione e vi sia domiciliato ». (3) E come si ritiene che a dar competenza al magistrato territoriale sia sufficiente la sola presenza del minore nel territorio, così quando questa si verifichi non osta a quei provvedimenti l'esistenza di una tutela già regolarmente costituita all'estero, ma vi si può nominare ciononostante un nuovo tutore. (4) Nel caso di una minore scozzese, possedente tutti i propri beni in Scozia, che risiedeva in Inghilterra, quantunque non potesse trattarsi in quest'ultimo paese se non dell'autorità personale del suo tutore, pure fu deciso contro il suo riconoscimento (5) ed in favore al diritto della Corte di Cancelleria di nominare un tutore a quella minorenne in Inghilterra.

(1) Chavegrin l. c., pag. 515 e segg. — (2) Art. 633.

(3) Vedi vol. II, pag. 277-8, sul valore del domicilio nel diritto americano.

(4) Story, Conflict of Laws, VII ed. pag. 630. § 499.

(5) Wharton, Conflict of Laws, pag. 244, § 261 e 262.

Però in questi ultimi tempi si nota nella magistratura inglese una tendenza a riconoscere nel territorio l'autorità puramente personale del tutore straniero, pur riprendendo in esame in questo caso la condizione giuridica del tutelato. (1) L'autorità del tutore straniero vien commisurata alla capacità che si riconosce in diverso grado al minore pure straniero per i diversi atti da lui compiuti in Inghilterra, e si continua sempre a ritenere la competenza a nominare definitivamente un tutore al minore straniero ogniqualvolta non sia stato già nominato prima un tutore nel suo paese. (2) In quest' ultimo caso, secondo la tendenza attuale della giurisprudenza, i tribunali inglesi non sono tenuti a nominare quelli che hanno già tale ufficio all'estero, ma non devono tuttavia rifiutarvisi ogniqualvolta una ragione plausibile non li induca ad una scelta diversa.

Sul continente europeo prevale assolutamente, per quanto riguarda i rapporti personali, il concetto della unità della tutela secondo la legge personale del minore. In Germania s'intende essere questa la legge dell'ultimo domicilio di lui, e l'obbligo di provvedere alla tutela spetta al magistrato nella cui giurisdizione il padre si era posto, o di quel territorio dove effettivamente si trovava quando venne a morte. A tale principio è dato però derogare completamente se, secondo le relazioni di famiglia, nessuna influenza sulla futura condizione del pupillo può ascriversi all'ultimo domicilio del padre, come se avendo appartenuto questo ad un territorio soggetto al diritto francese, pure la tutela del minore fosse affidata dal suo testamento ad un abitante di Berlino, disponendo che con quello vivesse il proprio figlio. In un caso simile il ministro di giustizia prussiano, come sopraintendente supremo di tutte le tutele dello Stato, trasferì la sede della tutela a Berlino al nuovo domicilio del minore, dove passò sotto il controllo dell'autorità pupillare berlinese, e venne regolata secondo le disposizioni del codice prussiano. La norma nel diritto prussiano è dunque la prevalenza del diritto del domicilio; e l'identità della sede della tutela colla legge da cui questa viene regolata. Anche nella Repubblica Argentina la tutela è attribuita e regolata secondo la legge del domicilio del genitore al giorno del suo decesso; al giudice di questo domicilio spetta la nomina

(1) Westlake, l. c., p. 4-12. — (2) Bulmerincq, l. c.

del tutore che può essere anche uno straniero e dirigere tutti gli atti della tutela. (1)

606. — Ad eccezione delle società anglo-sassoni prevale dunque quanto alla costituzione ed agli effetti personali della tutela il principio dell'unità basata sulla legge personale, intendendosi per questa la legge del domicilio negli Stati finora nominati, ed in molti altri la legge nazionale. Fra questi ultimi convien nominare in primo luogo l'Italia come quella dove una tale dottrina è un corollario dei principii generali sanciti circa lo stato e la capacità della persona ed i rapporti di famiglia. Anche in Francia la legge nazionale governa l'istituto della tutela, determina le specie di persone che possono esservi chiamate e l'autorità del tutore. In Austria sorge qualche dubbio dalla diversità degli articoli 4 e 24 del codice civile, il primo dei quali vuole applicata agli austriaci la legge nazionale, e l'altro agli stranieri quella del domicilio. Alcuni giureconsulti (2) credono che si debbano prendere alla lettura due testi così difficili a conciliare; (3) ma l'interpretazione opposta conta nella giurisprudenza un maggior numero di fautori che applicano in questo caso lo statuto personale ad ogni individuo, sia egli nazionale o straniero. (4) Tale rispetto alla legge nazionale può esplicarsi in più modi: si possono cioè riconoscere in un territorio gli effetti ed i rapporti personali derivanti da una tutela costituita in un altro; oppure, se il minore vi si trovi e vi abbia il centro dei proprii affari allorchè si deve far luogo alla tutela, si può, o lasciare che questa venga costituita nella sua patria, o costituirla nel territorio dove il minore straniero risiede, ma secondo le leggi del suo paese e chiamandovi le persone da quelle leggi designate.

Quest' ultima eventualità è consentanea col diritto dei paesi che vogliono retta la tutela dalla legge nazionale e che secondo le proprie norme di diritto interno ne pongono la sede dove il minore è domiciliato al momento in cui essa si apre? (5) La risposta a tale

(1) Daireaux, l. c., pag. 297.

(2) V. Chavegrin, l. c.

(3) Unger, *System des oesterr. allg. Priv. Rechts,* 4 edit., vol. I. pag. 163.

(4) Vesque, v. Puttlingen. Handb. des int. Priv. Rechts, pag. 56 e Stoerk. De la condit. légale de étrang. en Autriche. *Journal de Dr. Int. Privé,* 1880, pag. 329.

(5) C. Fr., art. 406. C. Austr., § 189, 190. C. It., art. 16 e 249.

questione dipende dalla misura in cui la giurisprudenza riconosce la competenza a pronunciare su questioni di stato interessanti gli stranieri, dal modo secondo il quale si può ottenere la prova delle leggi straniere e dal ritenere o no necessario di far combinare in tale ordine di rapporti, come vorrebbe il Brocher, la competenza del giudice e quella della legge. Il Chavegrin ritiene inammissibile quella soluzione nel sistema del diritto francese e difficile ad ammettersi anche da un punto di vista più generale, supponendo essa l'esistenza di istituzioni e di formalità spesso ignote o diversamente stabilite dalla legge del domicilio. Nel caso di minori appartenenti a certi cantoni svizzeri od alla borghesia russa il controllo delle cui gestioni tutelari appartiene alle autorità municipali ed amministrative, egli ritiene impossibile costituire la tutela in Francia rispettando la legge nazionale; è necessario perciò ch'essa sia stabilita nella patria del minore preferendo il luogo dove i suoi genitori ebbero l'ultimo domicilio prima di lasciare il paese. Ma nulla impedisce che la sede della tutela sia al domicilio ogniqualvolta la legge di questo e quella della patria organizzano la tutela in modo analogo. Del resto, dovunque la tutela si costituisca, è sempre una secondo quei sistemi legislativi la legge che deve governarla.

È la legge nazionale che deve decidere chi abbia diritto alle funzioni di tutore; ma invece di preferire la legge del minore in favore del quale è costituita la tutela, la corte di cassazione francese ammise quella del tutore. (1) Una volta costituita la tutela, è secondo quella legge che son governati i poteri tutore ed i suoi rapporti col minore; e se la costituzione è avvenuta nella patria, il tutore può agire di pieno diritto nel paese dove il minore si trovi o dove la persona di lui abbisogni di una rappresentanza, senza essere tenuto a domandare veruna investitura alla giurisdizione locale.

Il principio secondo il quale gli effetti personali della tutela organizzata conformemente alla legge personale sono universali, è sancito da una giurisprudenza costante nel continente europeo. Ed i poteri del tutore non troveranno un limite al loro esercizio all'estero sulla persona dei minori, se non in quelle proporzioni in cui vi trova un limite anche l'azione disciplinare del padre verso il

(1) C. di Cassaz. Fr., 13 Gennaio 1873. Dalloz, 1873, 1, 297.

figlio. (1) La stessa legge determina poi la durata dei poteri e delle obbligazioni del tutore e precisa le cause per cui questo cessa dal proprio ufficio: se per esempio un minore prussiano, secondo la cui legge nazionale la tutela non si estingue per solo effetto del matrimonio, si marita in Italia, la tutela di quel minore non sarà considerata estinta nel nostro paese se non nel caso in cui, trattandosi di una donna prussiana che fosse andata sposa ad un italiano o ad un francese, si dovesse ritenere estinta la tutela per rispetto alla sua nuova legge nazionale. Tutte queste conseguenze risultano necessariamente, circa i rapporti personali, dal riconoscimento della legge nazionale come regolatrice della tutela.

607. — Nè mancano i Trattati che assicurano fra più Stati il rispetto della stessa legge, ora stipulando che la tutela sia costituita nel paese secondo le leggi del quale dev'essere regolata, ora provvedendo perchè, restando determinata la legge regolatrice, la tutela possa costituirsi validamente al domicilio del minore nel modo e nelle forme volute da questa. Della prima specie è il trattato franco-svizzero del 15 Giugno 1869 che dispone (2): « La tutela dei minori svizzeri residenti in Francia sarà retta dalla legislazione del cantone d'origine e reciprocamente la tutela dei minori francesi residenti in Svizzera sarà retta dalla legge francese; perciò le contestazioni, cui lo stabilimento della tutela ... potrà dar luogo, saranno portate davanti l'autorità competente del loro paese d'origine ... ». « Il tribunale (3) svizzero o francese davanti al quale fosse portata una domanda che, secondo gli articoli precedenti, non fosse di sua competenza, dovrà d'ufficio ed anche in assenza del convenuto, rinviare le parti davanti i giudici cui compete conoscerne ». Gli atti di giurisdizione non contenziosa non sono testualmente compresi nella seconda parte dell'articolo 10 relativa alla competenza giudiziaria; ma il Brocher (4) crede che le questioni speciali o quelle ad essa relative debbano risolversi prendendo per base i termini generali della prima parte dell'articolo che riguarda la competenza legislativa.

Della seconda specie sono quelle convenzioni che attribuiscono ai consoli facoltà di organizzare la tutela dei loro nazionali; tali quelle dell'Italia colla Francia, la Spagna, il Nicaragua, la Svizzera, il Portogallo, la Germania, i Paesi Bassi, il Brasile, il Perù

(1) V. pag. 384-7. — (2) Art. 10. — (3) Art. 11. — (4) L. c., Pag. 77.

ed il Belgio; (1) quella della Germania però giova ai soli italiani, perchè i consoli germanici non hanno per legge dell' impero competenza ad intervenire in paesi cristiani alla formazione delle tutele. La Francia ha stipulato un accordo simile colla Spagna, (2) col Portogallo, (3) colla Grecia, (4) col Salvador; (5) ma non ne ha conconchiuso ancora (6) colla Germania, coll'Austria e colla Russia. Il rispetto della legge nazionale è però egualmente garantito in Austria dalla giurisprudenza, sia subordinando i provvedimenti presi nel territorio a quelli da prendersi dalla competente autorità straniera, (7) sia uniformando alla legge straniera i provvedimenti stessi presi dalle autorità del territorio.

Avendo nel 1881 una corte d'appello austriaca ritenuta l'incompetenza dei tribunali austriaci in questioni relative a minori stranieri, la corte suprema ne cassò la decisione dichiarando che i tribunali austriaci non sono necessariamente incompetenti a statuire sulla custodia e la tutela dei minori stranieri. Risolta così la questione della competenza, e riportata la causa davanti la corte d'appello, questa decise che si dovesse applicare ai minori non già la legge austriaca, ma quella bavarese che era la loro legge nazionale. (8)

608. — Tale è pure la dottrina applicata in Italia ogniqualvolta la sorte dei minori stranieri venga portata in via contenziosa davanti ai tribunali dello Stato, ed anche quando si tratti della costituzione stessa della tutela in quanto questa non ispetti per effetto di accordi convenzionali alle autorità consolari o non sia comunque costituita dalle autorità competenti del loro Stato. (9) Ed è in questo stesso senso che si giudica se in un caso concreto siavi luogo all'esistenza della tutela; sicchè la si ammetterà in Italia per il minore francese o belga uno dei genitori del quale sia ancora superstite; e non la si dovrà ammettere in Francia

(1) Palma, pag. 570, 82, 92, 600, 9, 18, 22, 42, 53, 60, 71.

(2) Convenz. del 18 Marzo 1862, art. 20, 7°. Bard, pag. 246.

(3) 11 Luglio 1886, art. 8, 7°.

(4) 7 Gennaio 1876, art. 15, 1°.

(5) 5 Giugno 1878, art. 15, 1°.

(6) Chavegrin, l. c.

(7) Bulmerincq, l. c.

(8) C. Suprema, 29 Marzo e 2 Giugno 1881. Lyon Caen, l. c., pag. 463.

(9) *Legge* 1885, I, 129 e *Monit. dei Trib.*, 1885, pag. 9. Trib. Civ. di Roma, 24 Ottobre 1884; Hugo c. Ferniani e Ferrantini.

ed in Belgio per un minore italiano o spagnuolo che si trovi nella stessa condizione. Così giudicò a proposito della condizione di un minore spagnuolo la corte di Bruxelles. Uno spagnuolo aveva sposato a Bruxelles una belga, che morì lasciandogli una figlia minore. Il consiglio di famiglia, raccolto a richiesta del padre che agiva come tutore legale della figlia minore, nominò tutore surrogato l'avo materno di quest'ultima. Il padre acconsentì a tutto quanto fu fatto dal consiglio sotto riserva dei propri diritti; ma dopo un certo tempo egli citò i membri del consiglio di famiglia davanti il tribunale di Bruxelles, cui domandò una dichiarazione da cui risultasse che la sua figlia minore non era soggetta a tutela non facendosi luogo a questa secondo il diritto spagnuolo se non dopo la mancanza di entrambi i genitori. Il tribunale decise doversi ritenere che il padre avesse rinunziato cogli atti antecedenti ai proprî diritti, ma la corte d'appello ne riformò la decisione. Senza far cenno di veruna eccezione alla competenza dei tribunali belgi a trattare d'una questione di stato relativa a stranieri, la corte, constatando essere spagnuoli tanto il padre quanto la figlia, e conservarsi secondo il diritto spagnuolo la patria potestà nel coniuge sopravvivente, dichiarò insostenibile la tacita rinuncia del padre ai proprî diritti, essendo d'ordine pubblico le leggi sullo stato della persona e non potendovisi derogare per contrattazioni private, e concluse non potersi far luogo a tutela rispetto a quel minore straniero. (1)

Quanto completamente si riconosca in Francia la prevalenza della legge e, per quanto concerne la costituzione della tutela, anche della giurisdizione nazionale, apparisce da un caso recente relativo ad un minore d'origine inglese. (2) Trattavasi un minore nato nel 1872 in Francia, dove risiedeva e possedeva tutti i proprî beni; suo padre era nato a Parigi da un suddito britannico, ed aveva sposata a Parigi una suddita francese. Nel 1877 la madre aveva lasciato il domicilio coniugale senza poi ritornarvi; il padre morì intestato senza nominare tutore o *guardiano* al figlio e lasciando molti beni in Francia e punto in Inghilterra. La madre

(1) Corte di Bruxelles, 29 Luglio 1885, Laurent, vol. VI, pag. 101-2.

(2) Willoughby; Alta Corte. Div. Cancell. 12 Maggio 1885 e Corte d'Appello, 31 Luglio 1885, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 223, 4, *Bulletin de la Jurisprud. Anglaise.*

presentò ai tribunali francesi domanda per la nomina di un tutore secondo la legge francese; ma il tribunale sospese ogni deliberazione fino a decisione della corte inglese su questa domanda relativa unicamente ai beni della figlia minore. Poichè questa era nata all'estero da un suddito inglese, era pure inglese; come tale la competenza a provvedere alla sua tutela spettava anche secondo il diritto inglese all'Alta Corte, e quantunque non esistesse in Inghilterra nemmeno una parte della sua proprietà v'era luogo a provvedere alla designazione dei suoi tutori. Così decise l'Alta Corte e confermò la Corte d'Appello, provvedendo in tal guisa secondo la legge inglese ad un minore residente in Francia, rispetto al quale la competenza della legge e della magistratura inglese era ammessa ai tribunali francesi; ma è a notarsi che nel caso inverso, cioè se si fosse trattato di un minore di origine francese, nato e domiciliato e proprietario in Inghilterra, il giudice francese si sarebbe ritenuto in virtù degli stessi principii competente a designare il tutore secondo la legge francese; mentre il giudice inglese avrebbe anche questa volta non meno che l'altra, per effetto della diversità dei principi applicati agli stranieri in Inghilterra in confronto di quelli sanciti per gli inglesi all'estero, ritenuta la propria competenza ad organizzare la tutela secondo la legge inglese.

609. — Ma anche nei paesi secondo il diritto dei quali la tutela deve organizzarsi da un magistrato connazionale del minore nella patria, o secondo la legge patria di quest'ultimo, v'hanno casi in cui è necessario portare un temperamento a tali principii perchè il minore non resti privo di ogni protezione per effetto appunto di norme che miravano maggiormente a proteggerlo. Se, nel caso che le convenzioni fra due di tali Stati non contengano stipulazioni relative alle attribuzioni dei consoli, si applicasse rigorosamente la regola secondo la quale la tutela si apre nel paese di origine, sarebbe necessario che scorresse troppo lungo tempo per organizzarla, senza che durante tale intervallo il console degli interessati avesse il diritto di intervenire nella gestione dei loro beni. (1) Se in tali casi l'autorità del paese dove il minore risiede, restasse inerte, la sostanza dei minori non sarebbe amministrata ed essi stessi mancherebbero di tutore e di rappresentante legale nei rapporti coi terzi. In tali casi è ragionevole che l'autorità del paese dove il minore risiede

(1) Martens, op. c., vol. II, pag. 451 e nª 1.

proceda all'organizzazione di una tutela provvisoria secondo le leggi locali per la protezione del minore finchè le autorità competenti non abbiano organizzato una tutela definitiva, o finchè in mancanza di questa, tale non diventi quella organizzata come provvisoria. V'è infatti un principio di ordine pubblico internazionale, che dev'essere ritenuto superiore allo stesso principio di nazionalità anche nei paesi che rispettano completamente quest'ultimo: ed è quello di non lasciare dovunque gli incapaci senza una valida protezione. Lo stesso principio esige che la tutela originariamente provvisoria abbia, quando sia divenuta definitiva nel paese dove fu costituita, gli stessi effetti universali che spettano normalmente a questa.

Tali principii sono ammessi dovunque si ritiene esclusiva la competenza del giudice nazionale del minore a costituire la tutela. Un tribunale austriaco può costituire una tutela ad un minore straniero quando questo resta privo di genitori in territorio austriaco, ed il provvedimento conserva la propria validità finchè non deliberi sulla condizione di quel minore la competente autorità straniera; (1) così avviene pure in Prussia, (2) ed in Ungheria. (3) Fino dal 1872 anche in Serbia (4) fu stabilito che alla morte di uno straniero che abbia lasciato figli minori, il giudice curatore del luogo dove avvenne la morte dovrà organizzare una tutela provvisoria finchè il tribunale del paese del defunto non abbia disposto diversamente.

Nel diritto francese tale principio risulta altrettanto chiaramente dalla giurisprudenza. Il Rénault loda giustamente (5) una sentenza del tribunale di Lilla, che giustifica in simili casi la tutela provvisoria. Trattavasi delle figlie minori di un tale Bernardo Richter, suddito prussiano stabilito a Lilla dove aveva sposata una francese. Morti entrambi i genitori, il consiglio di famiglia delle due figlie ancora minorenni si riunì sotto la presidenza del giudice di

(1) Patente del 9 Agosto 1854, § 183.

(2) Legge del 5 Luglio 1875 art. 6, 2.

(3) Art. 64 della legge del 1877: « Deve essere nominato dall'autorità tutelare ungherese un tutore provvisorio ai minori che uno straniero abbia lasciato in Ungheria; tale tutela sussiste finchè le autorità nazionali del minore non abbiano adottate altre misure ».

(4) Legge sulla tutela del 25 Ottobre 1872 art. 7.

(5) *Révue Critique*, 1885, n° 10-11 pag. 690, Trib. Civ. di Lilla 12 Giugno 1884, Fugot c. Richter.

pace d'uno dei cantoni di Lilla, e nominò tutore il fratello del padre che dimorava a Lilla ed era naturalizzato francese. L'ava materna delle minori fece citare il Richter davanti il tribunale civile di Lilla per sentir pronunciare la nullità della deliberazione che lo aveva nominato tutore, sostenendo l'incompetenza delle autorità francesi, ed il diverso modo di costituzione delle tutele secondo il diritto prussiano. Il tribunale, pur ammettendo che tutto quanto riguardava lo stato personale delle minori Richter dovesse regolarsi secondo il diritto prussiano, riteneva « que dans l'espèce il appartient au tribunal, puisqu'il n'a pas été pourvu à la défense des interets des mineurs Richter dans la forme et suivant les règles établies par la loi du pays auquel les rattachait leur filiation, d'assurer la protection due en France à leurs personnes et à leurs biens: que sans doute la réunion du conseil de famille, la nomination du tuteur, les pouvoirs qui lui sont confiés dans la deliberation du 5 Septembre 1879 ne sont que des mesures provisoires qui ne sauraient empêcher l'organisation d'une tutelle regulière et suivant la loi allemande ». Poichè tale specie di tutela è del tutto provvisoria e non pregiudica il riconoscimento di competenza della legge e della giurisdizione nazionale, ne risulta che essa non possa durare oltre il tempo trascorso prima che secondo la legge competente venga organizzata una tutela definitiva, e che nulla possa opporsi nel paese della sua costituzione alla esecuzione delle misure che organizzano la tutela definitiva. Così giudicò il 6 Agosto 1885 il tribunale civile della Senna. (1) A certi minori inglesi di nome Buxton dimoranti a Parigi, un consiglio di famiglia presieduto dal giudice di pace dell'ottavo circondario, aveva dato per tutore un tale Moreau; il 2 Marzo 1886 la divisione della cancelleria dell'alta corte di giustizia inglese nominò Carlo Edoardo Buxton a tutore della persona e dei beni dei minori; il tribunale civile della Senna giudicò che da questo momento la tutela del Moreau aveva cessato di esistere e, che di fronte alla legge francese non v'era altro tutore se non il Buxton. Il Clunet (2) che ebbe parte nella discussione della causa, loda la sentenza del tribunale dal punto di vista del diritto francese. « Il est éxact, egli dice, que la tutelle des mineurs étrangers doit être

(1) Buxton c. Moreau, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 683-85.
(2) Clunet, *Journal de Dr. Int. Privé*, vol. cit. pag. 685.

organisée d'après leurs loi personnelle; mais en attendant que cette organisation ait lieu, il est bon que les mineurs étrangers ne restent pas sans protection. Une tutelle provisoirement organisée d'après la loi française remplira donc ce but. Toutefois cette tutelle qui n'est qu'un expedient adopté dans un interêt d'ordre public, doit céder le pas à la tutelle définitivement organisée dans les termes propres à la loi personnelle des mineurs ».

E che tali provvedimenti si ritengano, come devono essere, essenzialmente provvisorii, e vi si ricorra soltanto in caso di necessità, è provato dal fatto che nel caso d'un alienato straniero non interdetto, ma semplicemente ricoverato in un istituto, si ricorre a qualche provvedimento provvisorio per quanto riguarda la sua persona ed i suoi beni quando la casa che lo accoglie è francese ma non quand'esso trovasi in un istituto situato all'estero, sia perchè in tal caso manca nella casa che lo accoglie la sorveglianza del governo francese che autorizzi a far presumere la necessità di misure provvisorie, sia perchè la condizione sua personale non le richiede con urgenza dove non trovisi se non una parte dei suoi beni, sia infine perchè mancando tale urgenza nulla autorizza ad invadere il campo della competenza straniera. (1)

610. — Il riconoscimento della legge nazionale del minore nell'organizzazione della tutela, fa sì che alla legge del minore si ricorra per determinare quali persone, anche fra quelle eventualmente appartenenti al paese della residenza di lui, debbano o possano chiamarsi a partecipare alla tutela. Così il bisavolo italiano di un minore francese sarà riputato di diritto tutore di lui in Italia; invece in Francia (2) nel caso della tutela legale la legge dell'ascendente francese si farebbe prevalere su quella del discendente straniero.

Non è dubbio che secondo questi sistemi informati al principio di nazionalità, le persone che *possono* venir chiamate a reggere la tutela od a parteciparvi debbano essere indicate dalla legge del minore. Ma quando dall'elemento positivo delle qualificazioni si passa a quello negativo delle scuse, è indubitato che secondo questi sistemi di diritto si deve tener conto della legge

(1) C. de Douai, 9 ag. 1886, Islip. c. Deguine et Lavoine, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 176-8.

(2) Vedi sentenza citata dalla Corte di Cassazione; 13 Gennaio 1873, Dalloz 1873. 1, 297.

personale dell'individuo indicato come tutore. (1) Sarebbe assurdo infatti che in un paese i cui criteri di diritto internazionale sono informati al principio di nazionalità, si volesse tenere obbligato taluno ad assumere una tutela che potrebbe declinare se si fosse aperta nel suo paese; piuttosto che regolare la tutela colla legge del minore, si asservirebbe in tal guisa a questa legge anche la persona di chi è indicato come tutore e le sue caratteristiche personali incancellabili. (2)

611. — L'adozione in qualche paese del principio secondo il quale anche quanto riguarda il regolamento delle conseguenze personali della tutela e la determinazione della stessa esistenza di questa, spetta alla legge del territorio dove la persona si trova, rende possibile la coesistenza di due tutele diverse: quando poi si prendono in analoga considerazione i beni del minore, quel principio rende possibile l'esistenza di tante tutele diverse quanti sono i paesi dove quei beni sono situati. Tale territorialità può assumere varie forme e produrre diversi effetti; può escludere l'azione d'ogni legge e d'ogni tutela straniera da tutti i beni del minore che si trovano nel territorio; può escluderla soltanto rispetto ai beni immobili; e può finalmente, pur senza escluderla assolutamente rispetto a questi, ammettere ciò nonostante la possibilità che per i beni situati fuori della patria del minore si possano istituire altrettante tutele particolari soggette alle leggi locali. Il più assoluto ed esclusivo fra questi principî fu praticato fino agli ultimi tempi in Inghilterra; lo Story (3) lo riassumeva così: « Nessun tutore straniero potrebbe *virtute officii* esercitare qualsiasi diritto, potere o funzione sui beni mobili del suo pupillo che si trovano in uno Stato diverso da quello in cui egli fu abilitato come tutore. Ma fa d'uopo ch'egli riceva a tale scopo nuovi poteri dai tribunali locali ». In Inghilterra ed in Scozia tale dottrina fu rispetto ai mobili, pur senza modificarsi nella sua essenza, sensibilmente attenuata nei suoi effetti secondo lo stesso indirizzo delle modificazioni subìte per quanto riguarda i poteri personali del tutore di uno straniero residente in Inghilterra. Resta necessaria per il tutore straniero l'autorizzazione dei tribunali locali, ma è consue-

(1) Savigny, vol. VIII, § 343. Vesque de Putlingen, l. c., pag. 260.

(2) L'interpretazione contraria è sostenuta sulla base del diritto francese dal Weiss, l. c., pag. 602.

(3) Conflict of Laws, c. 13, § 504, pag. 676, ed. Redfield.

tudine che tale autorizzazione non si neghi; sicchè si può dire che in Inghilterra ed in Scozia esista una tendenza a riconoscere qualche effetto alle tutele straniere sui mobili situati nel territorio. (1) Si suole permettere al tutore o curatore straniero d'intentar azioni e di rilasciar liberazioni relative ai beni mobili del minore; ma la giustizia inglese si riserva il potere discrezionale di ordinare o di rifiutare il pagamento ad un tutore straniero di valori mobiliari che cadono sotto la sua giurisdizione speciale. (2) Il principio tradizionale resta però inalterato rispetto ai beni immobili, e vige negli Stati Uniti anche per gli immobili di un minore appartenente ad uno Stato dell'Unione che si trovino in un altro Stato pure appartenente all'Unione. (3) La terza e più tenue forma di territorialità è quella delineata dal Savigny nel riprodurre il diritto del suo paese su tale argomento. (4)

Il codice prussiano ammette come regolare la costituzione di una sola tutela per tutta quanta la sostanza del minore secondo il diritto del domicilio del padre, non riconoscendo eccezionalmente l'effetto di mutarla se non ad un successivo mutamento di domicilio. Per le proprietà situate all'estero possono essere costituite curatele speciali che devono ritenersi come dipendenze della tutela propriamente detta; ma nei trattati fra la Prussia e gli Stati vicini, è stabilito che rispetto ai beni situati fuori della patria del minore resti in arbitrio del giudice della loro situazione il determinare se debbano assoggettarsi alla tutela generale o formare oggetto di una tutela speciale, retta in tal caso dal diritto della situazione. Quando però una tutela speciale non sia istituita dove trovansi situati i beni, questi vengono retti dalla legge che governa la tutela generale; il Savigny stesso (5) cita il caso di un bavarese che aveva un tutore in Baviera e possedeva immobili anche nelle provincie renane rette dal diritto francese. Per questi ultimi beni non era stata costituita nel luogo della loro situazione una tutela speciale; i tutori bavaresi vendettero quei beni a trattative private e senza preoccuparsi di ricorrere al pubblico incanto ed alle altre formalità richieste dal (6) codice francese. Dopo aver raggiunto l'età

(1) Guthrie, l. c., pag. 304, n[a]
(2) Westlake, l. c.
(3) Wheaton's Lawrence, vol. III, pag. 172, 3.
(4) Savigny, l. c., § 380.
(5) § 380. — (6) Art. 457, 8, 9.

maggiore, l'antico proprietario volle contestare la validità di quella vendita sostenendo che era stata fatta senza osservare le disposizioni del diritto francese relative all'alienazione dei beni dei minori soggetti a tutela; ma in tutte le istanze la sua domanda venne respinta, considerando il magistrato le restrizioni legislative del diritto francese come un tutto inseparabile del quale alcune parti, come il consiglio di famiglia ed il tutore surrogato sono interamente inapplicabili alle tutele straniere, mentre tali norme dovevano applicarsi soltanto alle tutele esistenti in territorio soggetto alla legge francese e non già a tutti gli immobili situati in quel territorio.

612. — È questa appunto la dottrina che nella maggior parte degli Stati del continente deriva necessariamente dai principî ammessi circa il regolamento dello Stato della persona, ed è specialmente una conseguenza del collegare quest'ultimo alla sudditanza politica. Secondo tale principio dominante nel nostro paese, quando la tutela è stata costituita secondo il diritto nazionale del minore, il tutore acquista per ciò solo facoltà di esercitare la propria autorità anche sui beni esistenti in altri paesi. Nè dall'ammissione di tale unità legislativa restano esclusi quei provvedimenti che fosse necessario adottare per l'assegnamento di un tutore speciale ai beni del minore situati in altro Stato. (1) Al tutore nominato nella patria del minore riuscirà talora difficile provvedere alla amministrazione di quei beni per effetto della notevole lontananza, ed in tal caso appunto può provvedervisi in modo speciale delegandovi un apposito amministratore che venga però investito dei suoi poteri alla sede della tutela e non nel luogo della situazione dei beni. Secondo il Chavegrin nulla si oppone nel diritto francese ad un provvedimento di tale specie da adottarsi circa i beni di un minore straniero situati in Francia. « La soluzione, egli dice, non dipende dal diritto francese; se secondo la propria legislazione personale, il minore ricevette nella propria patria oltre al tutore generale, anche un tutore distinto incaricato dei beni francesi, questo procederà validamente in Francia, perchè dalle leggi di questo Stato si ammette il principio secondo il quale l'organizzazione della tutela conformemente alla legge tutelare deve essere rispettata dovunque. Ma, se ciò non è avvenuto, le autorità francesi lascieranno che il tutore generale amministri la parte dei beni che si trova in

(1) Chavegrin, l. c.

Francia senza incaricare per questi un amministratore speciale, eccettuato il caso di una necessità assoluta che li obblighi a ricorrere a misure provvisorie. In tal caso queste seguiranno la sorte delle misure provvisorie adottate nei riguardi della persona; dureranno cioè in vigore per tanto tempo per quanto si tarderà dall'autorità competente ad adottare le misure definitive. Se un minore francese è proprietario di cose immobili situate all'estero, lo stesso autore non crede che il codice civile francese proibisca la pluralità dei tutori. È vero che il legislatore non derogò espressamente alla regola della unicità della tutela se non nel caso della madre tutrice che passa a seconde nozze (1) e del pupillo domiciliato in Francia che possieda beni nelle colonie o viceversa; (2) ma nell'autorizzare tale smembramento della tutela nei limiti territoriali di una stessa sovranità, egli ravvisa implicita l'autorizzazione a farlo nel caso di beni posseduti all'estero. Il protutore sarà poi nominato in Francia dal consiglio di famiglia, quando non sia stato designato dal genitore dei minori.

Tale caso di più tutori è specialmente contemplato nel codice austriaco (3) dal punto di vista del diritto interno ed in quello russo (4) nei riguardi del diritto internazionale. Quest'ultimo d'un lato tien conto delle norme di territorialità vigenti in alcuni altri paesi e di fronte a quelle assicura la reciprocità sanzionando la territorialità delle proprie disposizioni corrispondenti, in guisa che le tutele straniere per poter aver influenza su proprietà immobiliari situate in Russia hanno d'uopo d'un formale riconoscimento delle autorità locali e godono in seguito a ciò i diritti garantiti dalla legge locale; (5) e stabilisce dall'altro che le tutele istituite all'estero siano poste sotto la sorveglianza dei consolati, i quali devono uniformarsi alle leggi del paese dove si trovano ed ai trattati stipulati con quello della Russia. (6) Ma l'essere o non essere istituita una tutela speciale per i beni situati in un dato territorio, non esercita necessariamente influenza sul diritto che deve governarli: se infatti si pretende che, quanto agli immobili, prevalga la territorialità, o si istituirà per quelli una tutela nel territorio, o non si permetterà in ogni modo al tutore generale d'esercitarvi la pro-

(1) Art. 396. — (2) Art. 417.
(3) § 210. — (4) Art. 297.
(5) Bulmerincq, l. c.
(6) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 142, 143.

pria autorità se non secondo le leggi locali; se invece si ammette la prevalenza della legge personale del minore anche per gli immobili di lui, siano essi amministrati da un solo tutore insieme col resto dei beni del minore, siano amministrati da un tutore speciale, vi si applicherà costantemente l'unica legge della tutela che è quella personale del minore. Un sistema alternativo è quello riferito dal Savigny come applicato in Germania; in Austria, secondo alcuni interpetri, sarebbe applicabile agli immobili situati nel territorio austriaco il primo dei due opposti sistemi ultimamente accennati, cioè quello della territorialità; e gli immobili vi sarebbero, come in Inghilterra, sottratti all'azione della tutela straniera, spettando all'autorità austriaca confidare quei beni ad un tutore speciale i cui poteri sarebbero determinati dalla legge austriaca; ma nella giurisprudenza apparisce come prevalente la contraria interpretazione. (1) La dottrina prevalente è dunque anche in quello Stato, come nel resto del continente, quella che riconosce come applicabile il diritto personale della tutela, indipendentemente da quello del territorio dove sono situati i beni. Però trattandosi di immobili è naturale che tutto quanto riguarda specialmente la loro disposizione e con questa il regime della proprietà, soggiaccia alla legge territoriale anche in quei paesi che pur maggiormente rispettano nel regime della tutela il diritto personale. Ciò è implicito nel concetto stesso dell'ordine di uno Stato; e risulta dall'articolo 7 del codice nostro, dall'articolo 3 del codice francese e dal § 300 del codice austriaco; ed in breve è un presidio indispensabile nelle leggi di tutti i popoli civili; fra i più recenti, il codice argentino dispone che la tutela sarà retta secondo il diritto vigente al domicilio dei genitori del minore il giorno del loro decesso, ma che quando i giudici del territorio avranno occasione di attribuirla, i beni immobili non cesseranno perciò di essere governati dalla legge della loro situazione.

613. — Tutte queste limitazioni che esprimono un temperamento del criterio della personalità già adottato con altre disposizioni e contraddistinto con una terminologia tradizionale atta ad indicare l'assoluta soppressione di quella a profitto della territorialità, sono necessariamente oscure per se stesse e variamente interpretate dalla giurisprudenza. Ed altrettanto può dirsi delle limi-

(1) *Journ. de Dr. Int. Privé*, 1876, pag. 53.

tazioni della stessa specie stipulate nei trattati relativi al regime internazionale della tutela. Così l'articolo 10 del trattato franco-svizzero del 1869, dopo aver attribuito alla legge nazionale il regolamento della tutela, aggiunge: « sans préjudice toutefois des lois qui régissent les immeubles et des mesures conservatoires que les juges du lieu de la résidence pourront ordonner ». « En n'ajoutant rien à ces reserves, dice nel proprio commento a quel trattato il Brocher, (1) les hautes parties contractantes paraissent avoir voulu se référer à la loi de la situation des immeubles et du lieu où les mesures dont il s'agit devront être prises. C'est là toutefois une solution qui n'est pas à l'abri de toute difficulté. Suivie d'une manière trop absolue, elle pourrait conduire a rompre l'unité de la tutelle et à soumettre la capacité personnelle à des règles qui ne la concernent pas directement. Ces questions paraissent avoir été renvoyées à la doctrine ». Un'osservazione analoga è fatta dal Savigny (2) a proposito della clausola concernente l'amministrazione speciale di proprietà immobiliari estere contenute nei trattati cui egli accenna fra la Prussia e gli Stati vicini. Secondo questi trattati « il tutore deve osservare negli affari relativi agli immobili le regole statutarie vigenti nel luogo dove quelli sono situati ». Se noi prendiamo, egli dice, nel suo più ampio significato questa clausola, essa deve riferirsi anche alle restrizioni alle vendite da parte dei tutori e trovasi pertanto in opposizione colla regola praticata dalla giurisprudenza tedesca. « Io sarei disposto però, egli conclude, a supporre in quel passo una fraseologia trascurata; ed a riferirla non già alle norme legislative riguardanti la tutela, ma soltanto alle regole riguardanti il commercio ordinario della proprietà immobiliare, come la costituzione di ipoteche, la conferma giudiziale, la pubblicazione ecc. ». Dipende dall'adozione dell'una piuttostochè dell'altra interpretazione di quella riserva di territorialità che il principio della personalità della tutela sia mantenuto nei suoi giusti limiti o sia in gran parte annullato nella pratica.

614. — A quest'ultima conseguenza si arriverebbe seguendo il giudizio del tribunale di Verviers del 21 Dicembre 1876 che (3)

(1) L. c., pag. 77.

(2) L. c., § 380, C. 2.

(3) Du Bois, *Bullett. de Jurispr. Belge; Revue de Dr. Int.*, vol. 13. pag. 52.

« pur ammettendo la sottomissione dei minori, in quanto riguarda il loro stato e la loro capacità, allo statuto personale, riteneva che dovesse osservarsi lo statuto reale per ciò che si riferisce alla vendita di immobili situati in Belgio »; e più completamente seguendo la giurisprudenza degli Stati Uniti secondo la quale un minore già munito del protettore impostogli secondo la legge del suo paese d'origine e che possieda beni in un altro Stato, non può vendere questi ultimi, se non è abilitato dalle persone designate dalla legge della situazione. (1) Un sistema intermedio è rappresentato, nel caso di un minore belga possedente beni all'estero, da due sentenze della corte di Liegi (2) e di quella di Bruxelles che (3) decise essere competente i tribunali belgi per autorizzare la vendita e conferire alle parti attitudine a procedervi, ma dovere essi, nel concedere l'autorizzazione, rinviare la parte davanti ai tribunali stranieri, perchè proceda nei limiti della loro giurisdizione alla vendita secondo le formalità prescritte dalla legge territoriale, essendo tali formalità d'ordine pubblico ed appartenendo perciò allo statuto reale. L'interpretazione più liberale della riserva suaccennata, è per ultimo quella rappresentata dalla sentenza citata dal Savigny a proposito della disposizione fatta nelle forme del diritto bavarese, di immobili posseduti da un minore bavarese nelle provincie renane; secondo tale interpretazione, che pare la più logica, il diritto territoriale dovrebbe modificare le attitudini del tutore in quanto i suoi atti riguardano l'ordinamento della proprietà immobiliare in genere, non in quanto egli dispone specialmente delle proprietà immobiliari dei minori; le forme speciali di vendita imposte per queste ultime non dovrebbero dunque obbligare la tutela straniera, ma dovrebbero essere per questa obbligatorie le forme imposte per qualunque alienazione di proprietà immobiliare; le forme di amministrazione stabilite per i beni dei minori nel territorio non la dovrebbero obbligare, ma le dovrebbero essere pienamente applicabili le norme amministrative relative a tutti i beni in genere, come quelle che riguardano le specie di coltura. Alla norma limitatrice del diritto personale della tutela rispetto alla disposizione degli im-

(1) C. supr. della Carolina del Nord. Tate c. Mott., *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1888, pag. 143-5.

(2) 22 Novembre 1864, ap. Laurent, vol. VI, pag. 220, 1.

(3) 4 Maggio 1886, *Journal de Dr. Int. Privé*, pag. 733-5.

mobili, si applicano dunque tre interpretazioni diverse; e la più seguita dalla giurisprudenza è la seconda che concede ancora soverchia efficacia al criterio della territorialità, sostenendosi, come argomento in sua difesa, che le forme prescritte in un paese per la vendita dei beni dei minori non hanno carattere di forme abilitanti e di condizioni di capacità, ma costituiscono od una procedura od uno statuto reale così da obbligare, tanto nell'una quanto nell'altra qualità, a rispettare, quanto alle forme della vendita, la legge territoriale. L'ideale è invece rappresentato dall'ultima soluzione ch'è più in armonia col criterio di diritto interno accolto in Europa circa l'indole ed il regime della tutela; non avendo infatti le formalità che accompagnano l'alienazione dei beni dei minori altro scopo se non quello di salvaguardare questi ultimi dai pericoli d'ordine economico che possono minacciarli, tale protezione non può dipendere se non dalla legge sotto la quale funziona la loro tutela, anche se questa richieda minor numero di formalità che non la legge della situazione dei beni. Tale conseguenza, osserva il Chavegrin, può talora eccezionalmente non essere praticabile quando nel paese della situazione nessuna autorità sia competente per compiere le formalità ordinate dalla legge della tutela; per esempio se questa vuole una vendita giudiziale che non possa venir fatta dai tribunali della situazione dei beni; ma in tal caso non sarebbe una norma territoriale relativa ai beni dei minori quella che arresterebbe alla frontiera di un altro Stato l'azione della loro legge personale, bensì una norma territoriale relativa ai beni in genere ed alle forme della vendita ammesse nel territorio; una di quelle norme insomma il cui impero assoluto nel territorio non è anormale, ma consentaneo ad ogni sistema di diritto internazionale privato, che rispetti, sia pure in massimo grado, lo statuto personale. Oltre ai casi risultati da queste eccezioni d'ordine generale, i tribunali della situazione dei beni non devono intervenire se non per accordare alle decisioni straniere l'exequatur che, secondo una tradizione costante, vien concesso senza revisione trattandosi di decisioni connesse in generale colla giurisdizione graziosa ed in ogni caso riguardanti lo stato e la capacità della persona e come tali aventi forza probante anche fuori del territorio donde provengono, non mancando se non che della forza esecutiva da conferirsi senza revisione. (1)

(1) Chavegrin, l. c.

È naturale invece che si faccia sentire maggiormente l' influenza della legge territoriale in quanto riguarda le garanzie reali spettanti al minore sui beni del tutore, trattandosi in tal caso di una modificazione nel regime di questi beni e nelle condizioni della loro trasmissibilità. Rispetto a quest' ordine di rapporti basta riferirsi a quanto si disse circa l' ipoteca legale della donna maritata sui beni del marito; (1) è un diritto del quale in generale non viene accordato l' esercizio in un territorio se non lo ammette la legge personale di chi lo reclama e se non lo concede nel tempo stesso la legge del paese dove i beni sono situati. Inoltre in Francia è accolta la dottrina secondo la quale « l' hypothèque établie en France pour la garantie des droits des mineurs ne dérive pas du droit des gens, mais a son principe dans la loi positive et constitue un droit purement et strictement civil » riservato come tale ai soli francesi. (2) Non si deroga a tale esclusione se non nel caso che la tutela sia stata organizzata in Francia invece che nella patria del minore; (3) quando esista fra la Francia ed il paese cui appartiene il minore, un accordo convenzionale; (4) quando trattasi di un minore straniero ammesso dal governo a stabilire il proprio domicilio in Francia: (5) a questi paesi il Chavegrin aggiunge quello in cui trattasi di un minore nato in Francia da uno straniero, che secondo l'articolo 9 del codice civile possa nell' anno della sua maggiore età reclamare la nazionalità francese con effetto retroattivo alla nascita: in tal caso, per i crediti derivanti dalla tutela e di cui richieda il pagamento in confronto del suo antico tutore, egli avrebbe il benefizio dell'ipoteca legale, poichè giuridicamente è un minore già francese che trovasi in causa quantunque di fatto sia stato straniero dalla nascita alla età maggiore. (6) Quest' ultima eccezione pare però esclusa da sentenze posteriori: nel 1883 il tribunale della Senna (7) a proposito di un minore straniero che trovavasi in queste condizioni,

(1) V. pag. 230-2.

(2) Trib. Civ. d. Seine, 12 Luglio 1883. Gallol c. Paggioli et Johannet, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 514.

(3) Bourges, 4 Agosto 1874. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1876, pag. 31.

(4) Convenzione franco-sarda del 24 Marzo 1760, Art. 22, 1° e dichiarazione Franco-Italiana del 1 Settembre 1860.

(5) Articolo 13 del codice civile francese.

(6) Trib. Civ. della Senna, 5 Aprile 1878, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1878 pag. 502. — (7) Gallol, l. c.

giudicava che « si, né en France, il pourra, dans l'année de sa majorité, réclamer la qualité de Français, cette réclamation eventuelle, *et ne pouvant d'ailleurs avoir d'effet rétroactif*, ne saurait être prise en considération ».

615. — Ancora più varie delle leggi relative alla graduazione della capacità ed incapacità secondo i diversi stadî della vita umana ed ai modi di integrare e di presidiare la personalità giuridica dei minori, sono quelle che determinano le cause per cui negli individui maggiori di età si debba ritenere tolta del tutto o diminuita quella capacità che loro normalmente si riconosce, ed i modi di supplire a tale loro deficienza acquisita. Nel primo caso le leggi possono variare in quanto al modo, non in quanto alla sostanza; l'età a cominciare dalla quale la capacità si ritiene piena può variare, gli istituti escogitati per integrarla fino a quel tempo possono ispirarsi ad una maggiore o minore larghezza di competenze e di attribuzioni, ma due concetti sono comuni rispetto a quell'argomento a tutti i sistemi di diritto: quello che v'è un periodo della vita durante il quale l'uomo è incapace o non è pienamente capace, e quello che mercè il presidio di un'altra persona si debba sopperire a tale incapacità.

Nel caso delle incapacità acquisite i diritti dei vari Stati sono maggiormente disformi perciò che dovendo apprezzare l'effetto giuridico di nuove condizioni verificatesi in un essere per se stesso normalmente capace, il vario criterio di queste nuove condizioni può far sì che in un paese si ritenga per effetto di esse la capacità del tutto estinta o sospesa, in un altro soltanto attenuata, in un altro infine non modificata nè punto nè poco. Però, fra tutte queste condizioni sopravvenienti, quella che, per la universalità del suo criterio giuridico fondamentale, si avvicina maggiormente nel proprio regolamento alla condizione di minore età, è lo stato di demenza. Il nostro codice (1) stabilisce che il maggiore di età ed il minore emancipato il quale si trovi in condizione di abituale infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai proprî interessi, deve essere interdetto; e che (2) il minore non emancipato può essere interdetto nell'ultimo anno della sua minore età. L'interdizione (3) può essere promossa da qualsiasi congiunto, dal coniuge e dal pubblico ministero; in ogni

(1) Art. 324. — (2) Art. 325. — (3) Art. 326.

caso non può essere pronunciata se non dopo aver avuto il parere del consiglio di famiglia o di tutela, e dopo essersi proceduto all' interrogatorio della persona contro cui si promuove. Quando, in seguito a tale richiesta, siasi pronunciata la sentenza d' interdizione, l' interdetto trovasi posto in istato di tutela e gli sono applicabili le disposizioni relative alla tutela dei minori, esercitandosi quella che lo riguarda successivamente dal coniuge, dal padre o dalla madre, (1) dal tutore designato per questo caso dal genitore che sopravvisse, o da quello all' uopo nominato dal consiglio di famiglia o di tutela. L' interdizione può essere rivocata quando venga a cessare la causa per cui fu pronunciata; ma la domanda di revoca può essere fatta dal coniuge, dai parenti o dal pubblico ministero, non dallo stesso interdetto. Quando invece si tratti di un infermo di mente il cui stato non sia tanto grave da costituire una causa di interdizione, allora, invece di questa, può venir pronunciata la inabilitazione (2) per effetto della quale chi ne fu l' oggetto diventa incapace di compiere, senza l' assistenza di un curatore da nominarsi dal consiglio di famiglia o di tutela, (3) atti che eccedano la semplice amministrazione. Secondo il codice francese (4) deve essere interdetto quel maggiore di età che trovasi in uno stato abituale d' imbecillità, di demenza o di furore quand' anche un tale stato presentasse qualche lucido intervallo; l' interdizione può essere provocata dal coniuge, dai parenti, o dal procuratore della repubblica; i fatti saranno provati con testimoni e con documenti; (5) l' interdetto è parificato al minore. (6) Se le infermità di mente non sono tali che il tribunale creda sufficienti per pronunciare la interdizione, (7) potrà ordinare che in avvenire il convenuto sia inabilitato a stare in giudizio, transigere, prendere a prestito, ricevere capitali, rilasciare liberazioni, alienare od ipotecare i proprî beni senza l' assistenza di un consulente che verrà designato nella stessa sentenza.

In Ispagna i varî modi di protezione degli incapaci si designano tutti insieme col nome generico di *guarda*; prendono il nome di tutela soltanto quando hanno per oggetto un minore impubere, e di curatela quando si riferiscono ad un minore pubere o ad un maggiore diventato incapace. Quest' ultima specie appar-

(1) Art. 330. — (2) Art. 339. — (3) Art. 339. — (4) Art. 489.
(5) Art. 493. — (6) Art. 509. — (7) Art. 499.

tiene alla categoria delle curatele *esemplari*, e vi si ricorre quando un maggiore sia colto da un' infermità intellettuale che lo riduca inetto alla gestione dei propri affari personali. Il curatore è nominato dal magistrato competente in materia di tutela, dopo aver constatato mediante certificati medici o con altri mezzi di prova lo stato d'infermità. La curatela compete al padre, ai figli, al coniuge, alla madre, agli avi ed ai fratelli dell' incapace, dando nello stesso grado la preferenza ai maschi, fra i maschi al più anziano, e fra due linee, alla linea paterna; in mancanza di qualunque individuo così indicato spetta alla persona scelta dal giudice. (1) La stessa differenza fra la tutela e la curatela è fatta dal codice austriaco, che ai minori attribuisce l'assistenza di un tutore, e chiama curatore chi (2) è deputato a provvedere agli interessi di coloro che, sebbene non siano minori, pur sono incapaci per altri motivi di prenderne cura da se medesimi. La curatela si applica (3) ai maggiori di età diventati mentecatti o imbecilli; e per tali si dovranno ritenere quelli (4) che, premesse esatte indagini intorno al loro contegno, e sentiti i medici giudizialmente delegati a tale intento, saranno indicati come tali dal giudice. Anche secondo il diritto austriaco però, non meno che secondo il diritto spagnuolo, la differenza fra la cura del demente e la tutela del minore è, piuttostochè essenziale, una pura differenza di nome. (5)

In Russia le persone colpite da imbecillità o da demenza possono venir poste sotto tutela dopo che la loro condizione di malattia sia stata giudiziariamente constatata. Se dall' inchiesta risulta che il malato ha bisogno di un tutore, è diretto un rapporto in questo senso al Senato dirigente, che, quando condivida il parere della commissione d'inchiesta, rimette il malato ai suoi prossimi parenti perchè sia sorvegliato e curato, oppure ordina la sua ammissione in uno stabilimento di alienati. Gli eredi dell' interdetto ne amministrano i beni colle facoltà generalmente attribuite agli amministratori dei beni altrui; non possono nè alienarli nè gravarli in veruna guisa mentre egli vive; devono conservare intatto l'eccedente delle rendite sulle spese legittime e render conto della propria gestione, godendo, come compenso di questa, di un emolumento eguale a quello che spetta ai tutori dei minori.

(1) Lehr, *Dr. Civ. Esp.* pag. 152, 160, 161-2.
(2) § 188 e 269. — (3) § 270. — (4) § 273. — (5) § 187, 8.

Per la revoca dell'interdizione è necessaria un'altra inchiesta ed un'altra decisione del Senato dirigente. In Polonia furono conservate anche in questo ordine di rapporti le disposizioni del diritto francese; nelle Provincie Baltiche le persone che trovansi in istato di malattia mentale vengono affidate, in seguito ad inchiesta dei tribunali civili, ad un curatore cui, salvo la diversità del nome, spettano tutti i diritti e tutte le attribuzioni del tutore. (1)

In Inghilterra fino al 1853 il lord cancelliere era, come rappresentante del sovrano, competente in modo esclusivo a provvedere alla persona ed ai beni degli alienati; ma una legge di quell'anno, le di cui disposizioni furono riprodotte da un'altra del 1873, attribuì gli stessi poteri ai giudici della corte d'appello. Perchè un individuo, che trovasi in quella condizione di mente, sia dichiarato colpito da incapacità, è necessario che il suo stato mentale sia stato constatato in seguito ad un'inchiesta *de lunatico inquirendo* davanti ad un *master in lunacy*. L'inchiesta è ordinata davanti uno dei giudici secondari istituiti per decidere se la persona sia *compos* o *non compos mentis;* e la decisione sarà presa senza intervento di giurati, eccettuato il caso che l'alienato lo richieda. Se il giudice decide affermativamente, la corte designa, per provvedere alla persona ed ai beni dell'alienato, un curatore il quale avrà sempre d'uopo per poter agire di chiedere un'autorizzazione, alla corte che la concede o la nega col solo obbiettivo dell'interesse dell'alienato. Dopo la decisione del giudice speciale, cessa di esistere ogni altra competenza eccetto che quella del tribunale speciale; l'appello non è portato alla camera dei lordi ma al consiglio privato del sovrano. Coloro invece che, pur trovandosi in uno stato anormale di mente, non sono però in condizione che giustifichi un certificato di demenza propriamente detta, non possono venire in Inghilterra nè limitati nella loro libertà di disposizione, nè protetti contro l'abuso che potessero farne, salvo il caso in cui la parte avversaria avesse fraudolentemente speculato sulla loro mancanza di discernimento.

616. — Il nostro codice, a differenza di quello francese, prende in considerazione anche le diminuzioni di capacità derivanti da infermità che pur lascino intatte le facoltà mentali le quali sta-

(1) Lehr, *Dr. Civil Russe*, pag. 145-151.

tuendo che (1) il sordo muto ed il cieco dalla nascita, giunti all' età maggiore, si reputeranno inabilitati di diritto, eccettochè il tribunale li abbia dichiarati idonei a provvedere alle cose proprie. In Austria invece (2) i sordo-muti, se sono anche imbecilli, rimangono sempre soggetti a tutela, ma, se, entrati nel venticinquesimo anno, sono capaci di amministrare le cose proprie, non vien loro deputato loro malgrado un curatore, ma non possono mai comparire in giudizio senza procuratore. (3) In Ungheria una legge del 1877 dispone che i maggiori possano porsi sotto curatela per causa di sordità, (4) ed una legge del 18 Marzo 1885 che la modifica, stabilisce che all'alienato ed al sordo-muto si possa nominare un curatore durante la età minore in modo che non siavi un intervallo, per quanto breve, di capacità fra l'età minore ed i provvedimenti adottati per causa della sua condizione speciale. (5) In Ispagna (6) si ammette in generale la curatela esemplare per tutte le infermità fisiche non meno che per quelle intellettuali che impediscono a chicchessia di amministrare i propri beni o di dirigere la propria persona; in Inghilterra (7) gl'individui sordi, ciechi e muti dalla nascita sono di diritto pareggiati agli idioti. Secondo il diritto russo propriamente detto, i sordo-muti ed i muti possono venir sottoposti a tutela, quando, arrivati al ventunesimo anno e sottomessi ad un'inchiesta analoga a quella che precede la interdizione, risulti che non sono in grado di esprimere i propri pensieri e di manifestare la propria volontà. Se l'infermo non sa nè leggere nè scrivere, non è in condizione di poterlo apprendere e non sa perciò esprimere i propri pensieri, è necessario lo stabilimento di una tutela propriamente detta; nel caso contrario l'infermo assume l'amministrazione e la libera disposizione dei propri beni come ogni altro maggiore, ma il Senato può limitarne la libertà collo stabilimento di una curatela, se abbia argomento di temere che questa piena libertà possa tornare a suo detrimento. La tutela e la curatela stabilite pertanto per causa d'infermità fisiche, sono sottoposte rispettivamente alle stesse

(1) Art. 340. — (2) § 275.
(3) Vedi anche C. Sass., art. 1982.
(4) *Ann. de lég. comp.*, 1878, pag. 243.
(5) *Annuaire de lég. étr.*, 1886, pag. 237, 8.
(6) Lehr, *Dr. Civ. Esp.* pag. 162.
(7) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 40.

regole che la tutela dei minori inferiori a diciassette e la curatela dei minori che hanno oltrepassato il diciassettesimo anno. (1)

617. — La prodigalità è secondo il codice italiano (2) una causa di inabilitazione; questa può promuoversi e pronunciarsi dalle stesse autorità e negli stessi limiti di quella dell'infermo di mente il cui stato non sia tanto grave da provocare l'interdizione; in Francia invece tanto nell'uno quanto nell'altro caso (3) è deputato un consulente legale, in Austria, (4) in Sassonia, (5) nel cantone di Zurigo, (6) ed in Ispagna, (7) il prodigo come l'imbecille è affidato ad un curatore. In Inghilterra ed in Russia al contrario il prodigo non è colpito da veruna incapacità. (8) Nelle Provincie Baltiche l'individuo dichiarato prodigo è assimilato a quelli interdetti per causa d'alienazione mentale; in Polonia è mantenuto in tal caso il consulente giudiziario proprio del diritto francese. (9)

Inoltre alcune leggi a differenza della nostra, di quella francese e di quella russa, fanno talora arbitro l'incapace stesso della propria dichiarazione di incapacità. Così secondo il diritto di Zurigo e di altri cantoni svizzeri è ammesso che chiunque non abbia i caratteri necessari per l'interdizione, ma per effetto dell'età avanzata, della sordità o della cecità sia impedito di attendere colla cura necessaria ai propri interessi, possa sottoporsi volontariamente alla tutela colla sola condizione di portarla a conoscenza dei terzi mediante certe pubblicazioni; (10) ed in Inghilterra chi ritiene sè stesso inetto a dirigere i propri interessi non può mettersi da sè nella condizione di un interdetto, ma gli è però consentito di rimettere i propri immobili nelle mani di *trustees*. Il codice baltico poi, nel disporre circa la tutela delle donne che un tempo era generale nel diritto germanico, le diede un carattere facoltativo disponendo (11) che « le donne non maritate assumono dopo la maggiore età l'amministrazione personale dei propri beni alle stesse condizioni degli uomini; però non è loro proibito di ricorrere al consiglio ed all'appoggio di un uomo avente il carattere di curatore », il quale

(1) Lehr, *Dr. Civil Russe*, pag. 145-150. — (2) Art. 339.
(3) Art. 499, 513, 4. — (4) § 270, 3. — (5) Art. 1987.
(6) Art. 3244. — (7) L. Sp., pag. 162, 402, 429.
(8) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 40; *Dr. Civ. Russe*, pag. 145.
(9) *Dr. Civ. Russe*, p. 153-6.
(10) Lehr, *Dr. Civ. Germ.*, pag. 406; *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1884, pag. 643. — (11) § 512.

può essere scelto dalla donna stessa senza bisogno di veruna omologazione giudiziaria, o designato a richiesta di lei dal tribunale civile competente. La donna in tali casi ha libera la scelta fra un curatore permanente per tutti i suoi affari, ed uno scelto per ciascun atto in particolare. È il medesimo sistema che risulta dalla legge svedese del 5 Luglio 1884 che sottrae a partire dal ventunesimo anno le donne nubili alla tutela perpetua. (1)

Finalmente in ogni paese certe condanne penali esercitano sulla personalità giuridica e sulla capacità un' influenza notevole che varia dalla interdizione alla morte civile. La considerazione di queste ultime modificazioni della capacità nella loro efficacia internazionale escirebbe dal campo di questo capitolo: giova però notare che l'ideale sarebbe il conseguimento di una tale armonia nei principii fondamentali del diritto penale accolti dai vari Stati civili, che ogni conseguenza civile delle condanne pronunciate in uno di essi potesse riconoscersi in tutti quanti.

618. — Nello stato attuale del diritto nulla impedisce che per tutti coloro ai quali, secondo le leggi o le stipulazioni convenzionali di uno Stato, si applica validamente l'estradizione, si possa, quando in quel paese lo Stato della persona si colleghi alla nazionalità, riconoscere anche l'interdizione legale come è stabilita e costituita dalle leggi del territorio al quale politicamente appartiene la persona di cui si tratta; ma la difficoltà è maggiore quando si tratta di apprezzare le conseguenze di condanne penali subite da un individuo all'estero, o di apprezzare dovunque le conseguenze di pene inflitte in un altro territorio per reati d'ordine politico e sociale; in tali casi tutta la materia della interdizione legale è resta necessariamente in balia della territorialità.

Rispetto a tutte le altre forme di incapacità acquisita parrebbe che dovessero dominare gli stessi principi adottati circa quella derivante dall' età minore, e che la sua constatazione e la costituzione dell'autorità tutelare dovessero essere rispettivamente riconosciute e misconosciute nel caso della prima in tutti quei paesi che le riconoscono e misconoscono nel caso della seconda. Infatti non ci sarebbe veruna ragione atta a far sì che un alienato straniero fosse considerato, al cospetto della giurisdizione e della legge inglese diversamente da un minore straniero, applicando a que-

(1) *Annuaire de lég. étrang.*, 1885, pag. 646.

sto una personalità di diritto che non si applicasse a quello; ma sarebbe altrettanto assurdo che in Francia dove si riconosce capace lo svizzero di vent'anni non si riconoscesse la incapacità dell'italiano sordo-muto o del zurighese sottopostosi volontariamente alla tutela. Dovrebbe ammettersi soltanto, soprattutto rispetto ai dementi, una maggiore larghezza nell'adozione di misure provvisorie, trattandosi nel tempo stesso della loro salute personale e del l'ordine della società che li ospita.

Invece, a cominciare dalla giurisprudenza inglese, si constata in taluni sistemi legislativi nel regolamento della incapacità acquisita degli stranieri una maggior somma di territorialità che non nel regolamento della incapacità normale derivante dalla età minore. Quando trattasi di un alienato straniero, dice il Westlake, l'esistenza del tutore o del curatore attribuitogli nel suo paese non impedirà alla giustizia inglese di nominarne un altro o di fare un'inchiesta *de novo* sullo stato mentale di lui. Però è consuetudine della magistratura rendere analoga la condizione dell'alienato straniero a quella del minore; in quanto riguarda la sua persona è ormai costante che la giustizia inglese non gli nomini un tutore se non collo scopo di facilitare il compito a quello che fu già nominato nel suo domicilio; ed in quanto ai beni, si fanno nella pratica rispetto agli immobili soltanto le riserve che vengono fatte nel caso delle tutele dei minori. Quando trattasi di alienati non interdetti ma soltanto inabilitati o di prodighi, la loro condizione vien giudicata diversamente essendo la loro curatela un istituto ignorato dal diritto inglese; quantunque a giusto rigore questa non sarebbe una ragione sufficiente a non riconoscerne la condizione personale, essendo due cose essenzialmente diverse, dal punto di vista degli effetti internazionali d'un istituto giuridico, l'ignorarne nel proprio sistema l'esistenza e l'escluderlo perchè lo si ritiene immorale o pericoloso. Ma dal punto di vista del diritto vigente e della pratica, la facoltà delle corti inglesi di decidere se debba essere provveduto alla tutela dell'incapace straniero che è domiciliato in Inghilterra o vi possiede dei beni, e, nel caso affermativo, di nominargli un nuovo tutore, deve essere intesa, per quanto si riferisce agli infermi di mente ed ai prodighi, in senso più assoluto che non rispetto ai minori. (1)

(1) Pavitt, De la compétence des Cours Anglaises, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 508.

Tali principii vigono più assolutamente ancora negli Stati Uniti d'America. (1) Anche nella Repubblica Argentina la regola che sottopone la capacità della persona alla legge del suo domicilio, patisce un'eccezione rispetto alle persone dichiarate incapaci dopo aver raggiunto l'età maggiore. L'incapacità pronunciata da tribunali stranieri non produce effetti giuridici nella Repubblica se non è conforme alle leggi di questa; sicchè un italiano prodigo inabilitato in Italia sarà libero di contrattare e di disporre dei proprî beni nell'Argentina dove non è ammessa l'inabilitazione dei prodighi, ed un francese sordo muto che non sappia scrivere mentre non è capace in Francia diventerebbe tale nel territorio argentino. (2) La dottrina del domicilio ed il concetto che di questo si ha nel diritto tedesco (3) produce una maggiore territorialità anche nel regolamento internazionale della tutela degli interdetti. All'istituzione infatti d'una tutela o d'una curatela per individui che non siano minori di età è tenuto il giudice del loro domicilio, ed anche gli stranieri domiciliati in Prussia soggiacciono, quanto alla tutela, ai tribunali prussiani; per l'amministrazione d'immobili appartenenti ai tutelati in altri paesi fa d'uopo rivolgersi al giudice straniero della situazione della cosa, come fa d'uopo rivolgersi al giudice prussiano per l'amministrazione di beni immobili appartenenti a tutelati stranieri e situati in territorio prussiano. (4) In Russia dove l'azione della tutela straniera è subordinata del tutto secondo il Martens (5) e rispetto agli immobili secondo il Bulmerincq (6) alle leggi territoriali ed al formale riconoscimento delle autorità locali, si ammette una certa unità dipendente dalla legge personale per la tutela degli individui in età maggiore sudditi dell'impero. Per questi ultimi colpiti da alienazione mentale all'estero l'inchiesta è fatta secondo il diritto della residenza, ma colla partecipazione di un delegato della legazione o del consolato russo, e le misure necessarie sono deliberate in Russia dal Senato dirigente. Se trattasi poi di persone suddite dell'impero che possiedano immobili tanto in Russia quanto in Polonia, si segue il procedimento imposto dalle

(1) Field, l. c., art. 558, n.
(2) Daireaux, l. c., pag. 298.
(3) Vedi vol. II, pag. 255, 6 e 273.
(4) Bulmerincq, l. c.
(5) *Droit International*, vol. II. pag. 451.
(6) Völkerrecht, pag. 220.

leggi di quello dei due paesi dove sono domiciliate. Se il convenuto che trovasi in quelle condizioni è domiciliato nell'impero, il Senato dirigente, dopo aver istituito un tutore per la persona e per i beni situati nell'impero, comunica col mezzo del ministro della giustizia le misure adottate per garantire secondo le leggi polacche i beni situati in Polonia. Se invece il convenuto abita in Polonia, i tribunali del paese dopo aver presi i provvedimenti prescritti dalla legislazione locale per la persona e per i beni situati in territorio polacco, ne danno avviso al governo il quale ne riferisce col mezzo del ministro della giustizia al Senato dirigente, perchè, se occorre sia provveduto alla nomina di un tutore per i beni situati nell'impero. (1) Benchè sia sempre arrischiata un'affermazione quando non si ha davanti agli occhi un testo positivo di legge, questa nomina di un tutore speciale che avviene per quanto riguarda i beni anche nei rapporti fra due parti dello stesso impero, farebbe propendere a credere più attendibile che non quella del Bulmerincq, l'affermazione del Martens, secondo il quale l'effetto di una tutela straniera sugli immobili situati in Russia non è maggiore che su quelli situati in Inghilterra.

619. — In Francia vigono, rispetto alle persone di età maggiore che siano diventate incapaci, le stesse norme adottate per i minori, colla sola differenza di una maggior larghezza nell'accoglimento di misure provvisorie. Rispetto alle sentenze pronuncianti nel paese a cui appartiene l'incapace l'interdizione o l'inabilitazione di questo, si considera come superflua qualsiasi dichiarazione di esecutorietà da parte dei tribunali francesi; per gli individui che trovinsi in Francia si ritiene applicabile la legge nazionale della persona e specialmente competente la magistratura del suo paese; ed anche il trattato franco-svizzero del 1869 (2) dispone negli stessi articoli e nello stesso modo della tutela degli interdetti e di quella dei minori, dovendosi intendere (3) che per tutela e per interdizione vi si indichi ogni istituto diretto alla protezione di una incapacità personale. In questo senso si pronunciò anche la giurisprudenza francese giudicando (4) « qu'il n'est point dans l'ésprit de la convention du 15 Juin 1869 d'avoir voulu exclure de la reserve

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 147-150.
(2) Articolo 10, 1.
(3) Brocher, l. c., pag. 74, 5.
(4) Nimes, 3 Febb. 1881, Dalloz, 1882, pag. 106.

qu'elle fait au profit du juge du lieu d'origine les contestation relatives à la dation d'un conseil judiciaire; qu'en effet la nomination d'un conseil judiciaire est une dépendance et une diminution de la tutelle des interdits, que l'une et l'autre demandes sont instruites de la même manière et le jugement qui ordonne ces mesures soumis aux mêmes conditions de pubblicité; que l'article 10 de la convention internationale de 1869 n'est qu'une application du principe d'après lequel les tribunaux français sont incompétents pour modifier l'état civil des étrangers et restreindre leur capacité comme le sont les tribunaux étrangers pour restreindre l'état civil des français résidant en pays étranger: que pour cette raison il doit être entendu plutôt *latu sensu* que limitativement: qu'on ne comprendrait pas pourquoi l'État qui s'est reservé la connaissance exclusive des contestations rélatives à l'établissement de la tutelle des interdits et des mineurs, se serait désinteressé des mesures de protection que reclame le faible d'ésprit; que dans un cas comune dans l'autre, il s'agit de la capacité des personnes ». (1) Anche secondo il diritto federale svizzero le autorità di un cantone dove uno svizzero non ha il proprio domicilio e dal quale non è originario, non possono validamente pronunciarne l'interdizione, e quando lo facessero offenderebbero i diritti delle autorità a ciò costituite nel cantone d'origine o di domicilio. (2) La giurisprudenza belga si pronunciò pure per il regolamento di una tutela straniera secondo la legge nazionale dell'interdetto anche rispetto ai beni situati in Belgio. (3) Per quanto poi riguarda i provvedimenti relativi alla persona dell'alienato straniero, questi sono ritenuti dovunque autorizzati dalle leggi di polizia e di sicurezza che obbligano tutti gli abitanti del territorio. (4) In tale argomento non può distinguersi fra la sorveglianza dello Stato sugli alienati nazionali e quella sugli alienati stranieri. (5)

(1) V. anche Trib. Civ. della Senna, 3 Aprile 1883, Ladelli c. Mini, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 545, 6.

(2) Trib. Fédér. 2 Giugno 1882. Beguin, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 544.

(3) V. Laurent, vol. VI, pag. 138.

(4) Vedi contro l'invocazione di una legge str. in tali circostanze. Caso Seillère Chronique du Dr. Int. Pr., *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, 449-451.

(5) Vedi Legge Oland. del 27 Apr. 1884, art. 32, 36; *Ann. de lég. étrang.* 1885, pag. 507, 8, e 518-521.

In Austria ed in Ungheria se un minore straniero la sede della cui tutela trovisi all'estero possiede un immobile nel territorio, sarà per quello assegnato un curatore dal giudice competente austriaco od ungherese finchè durano le trattative per costituire la tutela davanti al giudice tutelare del suo paese. Se trattasi poi d'uno straniero che risieda in Austria l'assegnazione di un tutore o di un curatore è lasciata in arbitrio del giudice personale di lui e le misure adottate rispetto a lui nel territorio vengono considerate come provvisorie. (1) In tal caso il magistrato austriaco deve far pervenire all'autorità competente straniera notizia dei provvedimenti adottati, perchè deliberi le misure definitive prescritte dalla sua legge. (2)

620. — La misura del riconoscimento della legge straniera e della competenza a provvedere provvisoriamente ad uno straniero divenuto incapace nel nostro paese, è data dall'articolo 6 del titolo preliminare e dall'articolo 3 del codice civile che mentre riconoscono lo stato dello straniero retto dalla sua legge nazionale, concedono allo straniero i diritti civili attribuiti ai cittadini. La corte di cassazione di Firenze li interpretò nel senso di attribuire alle nostre autorità la maggior larghezza nell'adozione di misure rispetto agli stranieri, ritenendo però sempre provvisorio il carattere di questi provvedimenti. (3) Flavia Flachille Welikanoff suddita russa promuoveva contro il figlio adottivo Ernesto Boutel Welikanoff dimorante con essa a Firenze un giudizio d'interdizione per incapacità. L'8 Luglio 1863 il tribunale di Firenze gli nominò un curatore provvisorio. Il 30 Aprile 1867 il consiglio di famiglia designò un curatore stabile senza che fosse stata ancora dichiarata la inabilitazione. Il Boutel frattanto dopo aver rilasciata ad un certo Angioli una procura generale per sistemare i propri affari, se ne tornava a Pietroburgo. Il procuratore insieme col curatore designato dal consiglio di famiglia, presero a mutuo 7644 lire dalla casa Albizzi che, scaduto il termine del pagamento e sospesa la corresponsione degli interessi fino dal 1875, procedette nel 1879 ad un pignoramento a mani terze, intimando alla madre adottiva di trattenere a

(1) Vedi Patente Imper. del 9 Agosto 1854 art. 183.

(2) Corte Suprema di Vienna 31 Luglio 1878, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 72, 3.

(3) 31 Gennaio 1884, Degli Albizzi c. Flachille-Welikanoff, *Annali* 1884, I, 1, 167-69.

loro disposizione le somme di ragione del debitore che esistessero presso di lei. Essa insieme col figlio e col curatore provvisorio si opposero allegando, oltre alla nullità dell'ipoteca costituita a cauzione del mutuo perchè iscritta su beni di esclusiva spettanza di lei, anche la nullità del contratto di mutuo ch'era stato stipulato senza la leggittima rappresentanza del Boutel. La corte d'appello di Firenze respinse il 9 Luglio 1880 quest'ultima eccezione, ma il 19 Aprile 1881 la corte di cassazione ne annullò la sentenza rimandando la causa alla corte di Lucca, la cui sentenza fu denunciata alla sua volta dagli Albizzi allegando l'incompetenza dell'autorità giudiziaria italiana a conoscere dello stato e della capacità di uno straniero. Senza escludere tale incompetenza, la corte di cassazione ritenne che « ciò non implica che si possa negare allo straniero la protezione della legge dello Stato dove si trova, quando trattisi di provvedimenti conservativi e provvisionali più direttamente attinenti alle norme di diritto pubblico interno e di giurisdizione volontaria. In Italia lo straniero gode dei diritti civili come il cittadino; trattavasi di protezione e di una competenza accettata già dallo stesso Boutel e da non potersi porre più in dubbio. Inoltre fino a che erano perduranti gli effetti legali della nomina del curatore provvisorio, non avrebbe potuto normalmente farsi luogo alla nomina di un secondo tutore prima che dal tribunale si fosse definitivamente pronunciato sulla domanda di inabilitazione ». Nell'uno e nell'altro caso però ogni provvedimento restava destituito di qualunque efficacia in Russia se all'inchiesta non aveva assistito un delegato del console dell'impero. (1) Il che prova una volta di più che, nello stato del diritto convenzionale e delle norme adottate nei varî paesi circa la competenza, può dar luogo a conflitti anche il diritto di quelli Stati che, nel formulare qualche criterio di diritto internazionale privato, maggiormente si preoccupano di evitarli.

621. — Lo studio della minore età e della tutela, dal punto di vista del loro riconoscimento e dei loro effetti internazionali, non fa che riprodurre e rilevare con maggiori particolarità quelle divergenze di criterî e quelle cause di conflitti che già ci apparvero nel loro insieme studiando in genere lo stato e la capacità della persona. Lo statuto personale sottoposto quì alla nazionalità, là

(1) Lehr. *Dr. Civ. Russe*. pag. 148.

al domicilio, altrove alla residenza; la legge della situazione della cosa, qui cedente e là prevalente sulla legge della persona; danno origine alla incapacità in un paese di persone capaci in un altro, ed alla moltiplicità delle tutele istituite diversamente e regolate da leggi diverse per una stessa persona pur secondo tutte ritenute incapaci. Ed anche data l'identità del criterio circa la scelta della legge regolatrice della capacità e della tutela, varia quello relativo alla competenza; poichè non è assolutamente necessario che la competenza del giudice concordi con quella della legge come vuole il trattato franco-svizzero e come sostiene il Brocher. Ma perchè tale questione venga risolta nel senso di scindere l'una competenza dall'altra, è necessario che due altri elementi siansi più generalmente sviluppati che oggi non siano: la prova delle leggi straniere, e le attribuzioni consolari che valgano a creare in ogni paese una competenza capace di integrare quella locale applicando, col riconoscimento delle leggi dei due paesi, istituti e forme di procedimento, cui il magistrato del luogo di residenza non possa ricorrere perchè la sua legge li ignora. E soprattutto sarebbe necessario da un punto di vista più generale che fossero più armonici i criteri adottati nei varii paesi circa l'indole e l'importanza della proprietà immobiliare, circa la distinzione fra quelle leggi relative alle cose che interessano tutto il loro regime e l'ordinamento economico dello Stato, e quelle che, senza rapporto con questi, regolano in un paese determinato i diritti delle persone sulle cose.

X

COSE.

622. Da quale punto di vista si considerino ora le cose. — 623. Importanza delle loro distinzioni e varietà di queste nelle diverse società umane e nelle varie fasi del loro sviluppo. — 624. Territorialità della distinzione fra le cose in commercio quelle estracommercio e quelle di cui è limitata la commerciabilità. — 625. Distinzione fra cose mobili ed immobili nel continente europeo. — 626. Distinzione loro nel diritto inglese e scozzese. — 627. Nel diritto degli Stati Uniti d'America. — 628. Diversità circa gli immobili per destinazione. — 629. Territorialità di tali distinzioni. — 630. Ammissibilità di diritti di uso e di disposizione sugli immobili e concetto di quei diritti; vari concetti della proprietà: proprietà dello Stato escludente quella dei privati. — 631. Proprietà collettiva, domestica e comunale; proprietà individuale. — 632. Valore ed estensione del concetto di proprietà: varie cause d'ostacoli alla divisibilità ed indivisibilità delle terre. — 633. Varie specie di tenimenti nel diritto inglese. — 634. Carattere dell'elemento politico e come questo si contemperi con quello individuale nell'attuale regime della proprietà. — 635. La proprietà individuale negli Stati Uniti ed in Europa: in quale senso sia limitata dai diritti e dall'azione dello Stato. — 636. Territorialità del valore attribuito al concetto di proprietà. — 637. Vari concetti dominanti circa la occupazione degli immobili. — 638. Legislazione comparata: dove negata ai privati; dove ammessa; dove ammesso un modo analogo di acquisto. — 639. Territorialità di tali norme e di quelle relative all'accessione. — 640. Diversità di leggi circa la prescrizione degli immobili. — 641. Territorialità delle norme relative alla prescrizione ed alla espropriazione. — 642. Condizioni necessarie a rendere socialmente valido l'atto di trasmissione della proprietà già compiuto fra le parti; pubblicità antica e moderna; carattere di quest'ultima. — 643. Stati che esigono la trascrizione. — 644. Inghilterra: in quanto in tutto il territorio, ed in quali parti di esso per tutti gli atti di trasmissione sia necessaria la trascrizione. — 645. I registri fondiari negli Stati Uniti; territorialità delle regole relative alla trascrizione. — 646. Modificazioni della proprietà; loro esistenza; diritti e doveri che ne derivano; formalità per renderle perfette. — 647. Riconoscimento generale della loro territorialità. — 648. Territorialità dei privilegi. — 649. A quanto si estenda l'impero della territorialità nella garanzia sulle cose immobili; idoneità della cosa. — 650. Definizione dell'indole della garanzia e determinazione delle sue cause. — 651. Territorialità negativa e limitativa della determinazione delle cause. — 652. Forme pubbliche necessarie a costituire l'ipoteca. — 653. Territorialità dei criteri di graduazione. — 654. Applicazione di tali criteri alla graduazione. — 655. Durata dell'efficacia dell'iscrizione. — 656. Valore ed estensione del diritto d'ipoteca: generalità e specialità; divisibilità ed indivisibilità. — 657. Territorialità di tali conseguenze e distinzione degli elementi che possono essere dominati dalla legge della persona e da quella dell'atto, nell'ipoteca in ispecie e nei diritti reali in genere. — 658. Se le cose mobili, considerate dagli stessi punti di vista, soggiacciano in grado minore delle immobili alla legge territoriale. — 659. Commerciabilità ed occupazione delle cose mobili. —

660. Ammissione e limiti della prescrizione e possibilità della rivendicazione; atti di esecuzione sui mobili. — 661. Garanzie sulle cose mobili; loro concetto e loro condizioni. — 662. Modo della trasmissione delle cose mobili. — 663. Serie di regole comuni circa la territorialità delle leggi relative alle cose mobili ed immobili considerate in se stesse: valore di tali regole in un sistema di diritto internazionale privato.

622. — Nel regolamento delle cose considerate in se stesse apparisce tanto evidente (1) l'opportunità dell' impero della legge territoriale quanto in quello dello stato delle persone l'opportunità che imperi, a preferenza di ogni altra, la legge personale. Non v'è infatti così nell'uno come nell'altro caso se non l' applicazione del medesimo concetto: che cioè, prescindendo da ogni altra considerazione, in un determinato rapporto giuridico o substratto di rapporti giuridici debba prescegliersi la legge per se stessa più competente. Ora quanto alla persona che si muove materialmente o giuridicamente agisce fuori del proprio paese, sussiste sempre il legame originario spirituale colle leggi del paese stesso e con tutto il complesso delle sue tradizioni e dei suoi istituti; quanto alla cosa considerata in se stessa anche quando possa venir trasportata da un luogo ad un altro, non sussiste verun altro rapporto all'infuori di quello fra essa ed il territorio dove si trova. Circa tale ultimo concetto esiste fra i vari Stati molto più completo l'accordo che non circa quello relativo alla estraterritorialità della legge personale, sia perchè per affermarlo e per sancirlo non occorre veruna astrazione e verun concepimento di rapporti ideali, ma basta sancire il rapporto fra la cosa ed il territorio così come esteriormente apparisce; sia perchè ne resta rafforzato quel criterio dell' impero dello Stato sull' individuo e sulle cose che vi si trovano che nei tempi andati parve un assioma a chi considerò la missione degli enti politici, e dal quale ridotto entro a certi limiti è pur certo non potersi del tutto prescindere.

Ma se, in quanto riguarda il riconoscimento dell'assoluta ed esclusiva competenza della legge territoriale nel regolare le cose considerate in se stesse, l'accordo fra i vari Stati è più completo che non in quanto si riferisce al criterio di diritto internazionale privato da applicarsi alle persone considerate pure in se stesse, non può notarsi un eguale accordo in quanto si riferisce alle cose considerate

(1) Vol. I, pag. 81, 140, 188.

come obbietto degli atti umani, e gli effetti di questi e delle disposizioni particolari di diritto su quelle. Quando si considerino da questo punto di veduta le cose, si trova il contrapposto del risultato dello studio fatto sullo stato e sulla capacità della persona; dopo di aver cioè considerato i diversi gradi di espansione concessi nei vari paesi allo statuto personale, si considera così il diverso grado di intensità con cui resiste a quella nei vari paesi lo statuto reale. Perciò, anche dopo aver accennato a quest'ultimo parlando dello stato e della capacità della persona, (1) lo ritroviamo meglio determinato parlando delle leggi relative alle cose, della loro diversità e delle questioni che anche fra quelle possono sorgere circa la prevalenza rispettiva in un determinato caso concreto. Se non che, per non ripetere inutilmente quanto si disse parlando della capacità personale e si dirà parlando delle obbligazioni, giova limitarsi, nel trattare ora delle cose, ad indagare se almeno una parte del regolamento internazionale che le riguarda possa dirsi sottratto a quella vicenda dei conflitti che impera nel regolamento attuale della capacità della persona, ed in quello degli atti giuridici dell' uomo.

623. — La varietà delle leggi circa le cose ha un carattere di necessità non inferiore a quello delle leggi circa le persone; all'una ed all'altra specie di leggi cooperano due fattori: l'indole intrinseca dell'oggetto che si tratta di regolare, ed il modo di concepirla da parte del legislatore; ora se nel caso della persona il variare del primo fattore secondo i tempi ed i luoghi ha ragioni di ordine fisico ed intellettuale, nel caso delle cose ha ragioni d'ordine economico e sociale; sicchè come le regole relative agli individui così quelle relative alle cose appariscono soprattutto quali prodotti naturali d'un determinato tempo e d'un determinato ambiente sociale. Ciò si può affermare della distinzione delle cose e del valore relativo delle cose dell'una e dell'altra specie. Quando la comunità di famiglia o di villaggio uscita, nel primo stadio della propria formazione, dal patriarcato, non è ancora se non un allargamento della famiglia dal quale non si è ancora sviluppato il concetto della società, ma questo vi vive ancora confuso; non esiste la distinzione fra cose pubbliche e private, fra proprietà individuale e proprietà collettiva; quando in una società agricola

(1) Vol. II, parte I, pag. 240 e segg.

primitiva la popolazione è scarsa, la terra sovrabbondante, ed i mezzi di coltura fanno difetto, l'idea della limitazione immanente del suolo non vien presa ancora in considerazione perchè il suo manifestarsi è ancora remoto, ma si nota soprattutto la limitazione attuale quantunque transitoria dei mezzi di coltura, e questi diventano oggetto delle più importanti regole di diritto; gli animali (Pecus, capitales, chattel) diventano la proprietà per eccellenza, mentre la terra è trascurata e il detentore di questa decade in dipendenza di chi gli fornisce quei mezzi di coltura, così che nelle antiche società irlandesi è assimilata alla nobiltà quella famiglia che per tre generazioni abbia posseduto molti buoi. (1)

In uno stadio posteriore di civiltà, trasformatosi in signore l'antico capo di una società di gente libera ed organizzata, raffermatasi la supremazia del signore feudale sulle terre e collegato il possesso della terra colla sovranità e colla potenza militare, la proprietà per eccellenza diventa quella del suolo, la legge la regola più severamente e ne assicura la conservazione nelle famiglie; il suo possesso non è più vile, ma diventa anzi il più nobile, e le condizioni e le forme della sua trasmissione assicurano la durata dell'aristocrazia; da ciò le distinzioni che, anche nei riguardi del diritto internazionale, la massima parte delle legislazioni fanno fra i mobili e gli immobili. Ma dove un progresso industriale, come quello che contraddistingue il nostro secolo in Europa ed in America, aumenta di tanto la ricchezza mobiliare, e la fa salire ad un valore di cui la ricchezza immobiliare nella sua totalità non è che una frazione; dove la potenza degli individui e del popolo cui essi appartengono dipende soprattutto dalla ricchezza trasformata e prodotta dall'uomo; quel concetto della inferiorità della ricchezza mobiliare in confronto di quella immobiliare si va cancellando dalla coscienza sociale prima ancora di esserlo dal testo positivo della legge; i giureconsulti (2) ne dimostrano l'assurdità ed alcune leggi più progressive, come quella bavarese, riducono al minimo richiesto dalla natura delle cose l'applicazione di norme diverse di diritto alle cose mobili ed immobili. Nella stessa guisa variano a seconda dei tempi e dei luoghi i criteri relativi alla somma di fa-

(1) Sumner Maine. Études sur l'histoire des institutions primitives. Paris, Thorin, 1880, cap. VI.

(2) Vedi vol. I, pag. 81, 117.

coltà che scaturisce dal diritto del proprietario: dove impera, come nelle comunità di villaggio, il concetto sociale, il diritto di disposizione del detentore è ridotto alle più esigue proporzioni; dove impera, come nel sistema posteriore romano, il concetto individuale, l'arbitrio del proprietario è assoluto circa la cosa da lui posseduta; altrove l'elemento individuale si contempera coll'elemento sociale, facendo sì che il proprietario abbia il libero uso e la libera disposizione della cosa, ma non possa vietarne l'assorbimento da parte della società quando ciò sia necessario, come nel caso dell'espropriazione per causa di pubblica utilità del diritto nostro, o non possa usarne oltre i limiti della possibilità della cosa stessa, come nel caso delle penalità per maltrattamenti degli animali del diritto australiano.

624. — Tutte queste varie gradazioni di concetti e di ordinamenti coesistono nel consorzio delle società civili che in una medesima epoca rappresentano rispettivamente così diversi stadi ed indoli così diverse di civiltà; sicchè è necessario non solo conoscerle, ma distinguere quanto in esse s'intenda relativo alla cosa in se stessa e quanto s'intenda relativo ai poteri della persona sulla cosa, per delimitare nei rapporti giuridici internazionali l'azione dello statuto reale. E siccome nei varii sistemi legislativi le distinzioni delle cose sono varie e fatte partendo da diversi punti di vista, e le distinzioni ammesse in un paese e da cui derivano regole diverse non coincidono con quelle proprie delle leggi di altri Stati, importa anzitutto esaminare a quale legge spetti ascrivere ad una specie una cosa determinata. Siccome il regime della proprietà è strettamente connesso coll'organizzazione stessa dello Stato, anzi ne è una parte integrante, così avviene sovente che cose aventi perfetta identità fisica abbiano in paesi diversi vario carattere giuridico.

Così avviene di quelle che sono, totalmente od in parte, sottratte al commercio degli uomini. Nel definire queste cose v'è bensì un elemento di giudizio naturale e perciò universale, ma esiste altresì un elemento volontario che varia o può variare da uno Stato all'altro. L'aria, l'acqua corrente ed il mare sono cose di per se stesse non suscettibili del diritto di proprietà e nel riconoscerle tali vanno necessariamente d'accordo i diritti di tutti i popoli civili. E vero infatti che non ripugna, anzi è normalmente ammesso, il diritto di pesca sopra una sponda marina o sopra un

tratto di fiume od il diritto di presa d'acqua, ma ciò non importa diritto di proprietà sullo stesso corso d'acqua. Ma vi son cose che per se stesse sarebbero naturalmente suscettibili di proprietà e di trasmissione, ma rispetto alle quali l'uno o l'altro di questi diritti viene escluso o limitato dalla volontà del legislatore per un motivo o d'ordine politico, o d'ordine economico o d'ordine morale. I beni destinati all'uso pubblico ed alla difesa nazionale sono in proprietà dello Stato, ma, per motivi d'ordine politico, non sono suscettibili d'alienazione. (1) È più corretta questa dizione che non quella secondo la quale ne apparirebbero ritenuti non suscettibili per loro natura, perchè le strade, le mura, i bastioni delle fortezze, e cose analoghe sono incapaci d'alienazione non già per effetto dell'indole loro propria, ma per la destinazione che hanno ricevuta. È vero che, data questa destinazione, è un principio d'ordine politico universale quello che fa loro attribuire tale carattere, ma è vero altresì che, mutata la destinazione, nulla impedisce che quelle cose divengano oggetto normale di proprietà. (2) Rispetto ai beni patrimoniali dello Stato l'alienazione non è vietata, ma sottoposta nei vari Stati a regole speciali. (3) Analoga è pure la condizione dei beni delle provincie e dei comuni. (4)

In quanto riguarda poi i beni delle altre persone morali, queste ne hanno bensì la proprietà e non ne è loro tolto il diritto di alienazione, ma l'uso di tale diritto è subordinato all'autorizzazione del governo. (5) È soprattutto di tali beni appartenenti ai corpi morali, che il carattere di trasmissibilità dipende del tutto dalla volontà dello Stato dove sono situati. Così i giureconsulti spagnuoli classificano come cose non suscettibili di proprietà individuale, (6) (cosas che no estan en dominio) i beni ecclesiastici, fra i quali distinguono le cose sacre le cose religiose ed i beni temporali della Chiesa: le prime sono quelle consacrate a Dio ed alla religione a scopo di culto; le altre sono gli stabilimenti creati dall'autorità ecclesiastica, come i monasteri i conventi e gli ospizii; le ultime sono quelle che la Chiesa possiede per iscopo non religioso come qualunque altro privato. Questi beni cadono pure nella seconda delle categorie in cui distingue anche il diritto portoghese

(1) C. C., art. 430.
(2) Art. 429. — (3) Art. 428, 430. — (4) Art. 432. — (5) Art. 444.
(6) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 196-8.

le cose fuori di commercio, fra quelle cose cioè che sono tali non per loro natura ma per disposizione di legge, (1) e questo carattere, indipendentemente dalla persona che le possiede dipende in ragione di tempo e di luogo dalla legge territoriale; sicchè la conversione dei beni ecclesiastici in un paese non renderebbe alienabili i beni posseduti dagli istituti ecclesiastici in un altro paese dove vigessero le norme del diritto spagnuolo, e queste norme non potrebbero mantenere dove la conversione fosse in modo assoluto e senza riserve decretata, l'inalienabilità dei beni appartenenti ai corpi morali di un altro Stato dove quelli continuassero ad essere riconosciuti come inalienabili.

La stessa territorialità si riscontra nella possibilità di rendere e di mantenere inalienabili e trasmissibili in un modo determinato certe proprietà private, come nei feudi. (2) Se è dunque comune la regola generica, per se stessa evidente, che le sole cose le quali sono in commercio possano formare oggetto di contratto: (3) varia il criterio specifico di questa definizione, e non si può far valere in un paese se non quella adottata dalla legge che vi è in vigore.

Alcune di tali distinzioni riposano su un principio di ordine morale. Così il diritto italiano ammette che le cose future possano formare oggetto di contratto, ma fa una eccezione assoluta per le successioni non ancora aperte. (4) Il diritto scozzese invece esclude dal commercio le sole cose delle quali sia assolutamente proibita la importazione, ma ammette senza veruna eccezione il commercio del diritto contingente di una cosa non ancora esistente, senza

(1) C. Portogh. del 1877, V. Edit. Offic. Lisbona, Imprensa Nacional, 1879 art. 371: « Le cose possono essere fuori di commercio per la loro natura o per disposizione di legge ».

(2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 162: Proprietà analoghe ai feudi esistenti in Russia e concesse dal principe in cambio di certe prestazioni: di queste il detentore ha il dominio utile ereditario ma la trasmissione a titolo gratuito od oneroso ne è subordinata a certe condizioni; ed in caso di estinzione della discendenza maschile della famiglia od anche in mancanza di eredi maschili di un certo grado, il fondo fa ritorno al signore diretto salvo qualche temperamento in favore della vedova e delle figlie dell'ultimo detentore. Circa le due specie di cose sottratte al commercio nel diritto americano, vedi Stimson, American Statute Law, n° 1050, Boston, Soule, 1886.

(3) Articolo 1116, C. C.

(4) Articolo 1118.

eccettuare la stessa speranza di una successione. (1) Potrebbe dunque avvenire che da scozzesi si pretendesse esercitare su beni situati in Italia diritti acquistati in Scozia per effetto di un contratto relativo alla successione di cui quei beni facevano parte; ma tali diritti non potrebbero venire riconosciuti nel territorio dove sono situati i beni, essendo mancato loro nel preteso momento di origine il substratto stesso che è necessario secondo le disposizioni imperative e le distinzioni della legge vigente nel luogo della situazione. È una materia questa nella quale trattasi di distinzioni ispirate da un concetto di interesse generale implicante un diritto assoluto della società che la adotta; e ciò è tanto evidente, che in ogni paese si ritiene essere tutto il regolamento di tale materia connesso coll'ordine pubblico, ed essere perciò uno statuto reale quello che decide se una cosa sia in commercio o fuori di commercio. (2)

625. — Dopo la distinzione fra le cose in commercio e quelle fuori di commercio, la più importante è quella fra le cose mobili ed immobili, alla quale si collegano in ogni legislazione norme diverse di diritto interno e di competenza e criteri diversi di diritto internazionale privato. Anche nel costituire il criterio informatore di tale distinzione cooperano due elementi: uno naturale e l'altro legislativo; certe cose sono immobili per sè stesse, perchè cioè non sono suscettibili di moto spontaneo o di trasporto da un luogo ad un altro: altre, come le cose incorporali od alcune fra quelle corporali, non sono immobili nel senso fisico della parola, ma possono diventar tali in senso giuridico per espressa disposizione di legge o per disposizione degli individui nei limiti consentiti dalla legge stessa. L'importanza di tale distinzione risulta dall'esame di qualunque legislazione: i diritti degli amministratori sono diversi a seconda che si tratta di cose mobili od immobili; la trasmissione della proprietà può operarsi rispetto ad una specie di beni diversamente che non rispetto all'altra; i modi e le forme delle garanzie concesse sulla cosa non sono identici per le due specie di beni. Da ciò apparisce come, prima ancora di badare, dal punto di vista del diritto internazionale pri-

(1) Lorimer-Bell. A handbook of the law of Scotland. V. Edit. Edimburgh. Clark, 1885, pag. 241.

(2) Laurent, *Dr. Civ. Int.*, vol. VIII, pag. 206, 7.

vato, alla diversa sfera d'azione dei vari diritti nei riguardi delle cose dell'una e dell'altra specie, importi sovente ricercare secondo quale legge debbasi determinare la qualità di mobile od immobile di una cosa determinata.

Rispetto a tale determinazione non sono molte le disformità fra i varî diritti, ma pure il diverso criterio che informa l'elemento legislativo della distinzione fa sì che in questa alcune diversità talora realmente si presentino. Il codice francese (1) dispone che gli immobili sono tali o per natura o per destinazione o per l'oggetto cui sono applicati; e fra i primi enumera il suolo, le cose che l'uomo o la natura hanno incorporato al suolo, le costruzioni e le piantagioni, cose tutte fra le quali il suolo soltanto è, a propriamente parlare, immobile *per natura*. Lo stesso può dirsi dei mulini a vento o ad acqua, fissi su piloni o facenti parte di fabbricati, che il codice francese dichiara pure (2) immobili per natura. Per destinazione sono immobili (3) gli oggetti che il proprietario di un fondo vi ha posti per il servizio e la cultura del fondo stesso; e per causa dell'oggetto cui sono applicabili sono immobili (4) i diritti immobiliari, come la proprietà, le servitù, l'usufrutto o l'uso di un immobile, l'abitazione e la superficie e le azioni immobiliari. I mobili sono pur tali nel diritto francese per natura o per determinazione della legge; (5) sono mobili per natura i corpi che possono trasportarsi da un luogo all'altro (6) e son compresi fra questi i materiali (7) provenienti dalla demolizione di un edificio e quelli raccolti per la costruzione finchè a questa non sieno effettivamente applicati; ed i battelli, navi, mulini, e bagni ed ogni altra costruzione della stessa specie non fissata su piloni e non facente parte della casa; (8) sono mobili per determinazione della legge i diritti mobiliari.

Le norme del diritto italiano relative a tale distinzione sono sostanzialmente identiche a quelle del codice francese. (9) Però mentre il codice francese dispone (10) che sono immobili per loro

(1) Art. 517. — (2) Art. 519. — (3) Art. 524. — (4) Art. 526.
(5) Art. 527. — (6) Art. 528. — (7) Art. 532. — (8) Art. 531.
(9) L'art. 506 del cod. ital. corrisponde al 516 del cod. francese, il 407 al 517, il 408 al 518 e 519, il 410 e 411 ai 520 e 521, il 412 al 523, il 413 al 522 e 524, il 414 al 525, il 415 al 526, il 416 al 527, il 417 al 528, il 418 al 529, il 420 al 532, il 421 al 535, il 422 al 533, il 423 al 534, ed il 424 al 535 e 536. — (10) Art. 519.

natura i mulini a vento o ad acqua fissi su pilastri e formanti parte di un edificio, il codice italiano dopo aver riprodotta la stessa disposizione (1) aggiunge (2) che sono altresì riputati immobili i mulini, i bagni e tutti gli altri edifici galleggianti, ove siano e debbano essere con corde o catene saldamente attaccati ad una riva e su questa trovisi una fabbrica espressamente destinata al loro servizio; e che (3) sono mobili soltanto i battelli, le chiatte, le navi, i mulini ed i bagni su battelli e generalmente gli edifici galleggianti non accennati nell'articolo 409. Il codice francese invece dispone (4) che i battelli, le chiatte, le navi, i mulini e bagni su battelli e generalmente tutti gli edificii non fissi su pilastri e non formanti parte della casa, sono mobili; soggiungendo però che il sequestro di alcuni di tali oggetti può tuttavia, a motivo della loro importanza, essere sottoposto a forme speciali. Sicchè anche fra due legislazioni tanto affini l'una all'altra, pur nella distinzione delle cose si presenta una qualche disformità.

Analoghe alle disposizioni del codice francese sono quelle del codice austriaco; (5) ma esso dispone (6) che i crediti non divengono sostanza immobiliare per essere stati assicurati sopra un bene immobile; mentre secondo la legge ipotecaria belga (7) l'ipoteca ha carattere immobiliare. In Spagna il concetto della distinzione fra le cose è identico a quello della legge francese, ma fino alla promulgazione della legge ipotecaria erano riputati immobili anche gli uffici venduti dalla corona che, come tali, potevano venir gravati di rendite e di ipoteche. Anche il codice portoghese (8) contiene concetti sostanzialmente analoghi, ma riserva espressamente la « immobilizzazione deliberata con legge speciale per certi determinati fini »; e dichiara immobili per disposizione di legge i fondi consolidati che si reputano immobilizzati temporaneamente e perpetuamente, mentre le rendite vitalizie e perpetue tanto a carico dello Stato quanto a carico dei privati sono dichiarate mobili dal codice francese (9) e da quello italiano (10) colla riserva in quest'ultimo, quanto alle rendite sullo Stato, delle disposizioni delle leggi relative al debito pubblico. Il diritto russo nella defini-

(1) Art. 408. — (2) Art. 409.
(3) Art. 419. — (4) Art. 531. — (5) § 293, 4, 5, 6, 7, 8.
(6) § 299. — (7) Laurent, vol. VII, pag. 190.
(8) Art. 373-9. — (9) Art. 529. — (10) Art. 418.

zione del carattere dei mulini che non siano fissi su piloni, si avvicina piuttosto al concetto francese che non a quello italiano; e con quest'ultimo combina nell'assimilare (1) all'immobile il tesoro che vi si trova nei riguardi del diritto di proprietà. Il codice delle Provincie Baltiche e quello di Polonia hanno norme, il primo analoghe ed il secondo identiche a quelle del diritto francese; (2) ma mentre il codice francese (3) e quello italiano (4) comprendono senza dubbio fra gli immobili per destinazione anche gli apparecchi dei birrai e dei distillatori e le macchine, ed il codice austriaco ve li comprende nominativamente, (5) il codice baltico (6) li eccettua, e non reputa accessori del fondo rurale (7) gli utensili aratori, le sementi ed il bestiame. (8)

626. — Nel diritto inglese antico la terra era considerata come il bene per eccellenza e riputata esclusivamente degna dell'attenzione del legislatore e della protezione del giudice; (9) più tardi avendo acquistato i mobili sempre maggiore importanza, anch'essi vennero considerati degni della stessa protezione concessa ad ogni altra specie di proprietà. In Inghilterra le vicende della proprietà seguirono un indirizzo perfettamente contrario a quello seguito in Francia, terminando coll'estensione a tutte le proprietà delle regole speciali delle proprietà mobiliari invece che assoggettare come nello Stato vicino anche queste ultime alle regole della proprietà comune. Per effetto dello speciale organismo dato così in Inghilterra alla proprietà, alla distinzione fra le cose mobili ed immobili corrisponde nel diritto inglese un'altra analoga, ma non identica distinzione. Le terre, le case ed altri immobili suscettibili d'essere tenuti in feudo portano da antica data il nome di *tenements* o cose tenute (things held) o di *hereditaments* perchè alla morte del detentore passano di pieno diritto all'erede di lui; questi beni son tutti designati complessivamente col nome di proprietà reale (real property). Gli altri beni formano la proprietà personale. (personal property; termine più comprensivo di quello del nostro diritto: *proprietà mobile*). Fra questi, oltre ai mobili pro-

(1) Art. 719, cod. ital. e Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 166. 7.

(2) Lehr, l. c., pag. 168. — (3) Art. 524. — (4) Art. 413.

(5) § 297. — (6) Art. 264. — (7) Art. 566. — (8) Cfr. cod. fr., art. 524, cod. it., art. 413, cod. austr., § 296 e, nel senso del cod. baltico, il cod. port. art. 375.

(9) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 127.

priamente detti o *goods*, sono compresi anche i diversi *chattels*, indicandosi con questo nome oggetti non suscettibili di tenimento feudale e che possono essere alla loro volta personali e reali. Sicchè, dovendo distinguere i beni in relazione al diritto inglese, sarà necessario vedere quali vi sieno calcolati mobili e quali immobili ed oltre a ciò quali personali e quali reali; ad esempio la qualità di *reale* di una cosa dipende dalla immobilità sua e dalla continuità del diritto, inguisachè è necessario verificare entrambi quei due elementi di distinzione, che insieme risultano a criterii analoghi ma non identici a quelli che informano la distinzione degli immobili per disposizione di legge o per fatto dell'uomo. Il diritto di godimento è considerato immobile se la durata si estende alla vita di una persona, mobile in ogni altro caso; sicchè il godimento durante la vita d'un tale è un diritto reale, quello durante mille anni sarebbe un diritto personale; mentre secondo il nostro diritto sono mobili anche le rendite vitalizie. (1)

Nel diritto scozzese la distinzione fra le cose *heritable* e *moveable* corrisponde piuttosto alla nostra distinzione fra cose mobili ed immobili che non a quella inglese fra cose personali e reali nella quale il carattere di mobilità ed immobilità si complica con quello dell'indole e della durata del tenimento. Il carattere di *heritable* o di *moveable* può appartenere ad una cosa per effetto della sua natura, o della sua relazione ad un oggetto dell'una o dell'altra specie, o della destinazione del proprietario che la abbia posta nella condizione di accessorio a qualche altro oggetto, abbia dichiarato che, rispetto alla successione, debba essere considerata come avente uno di tali caratteri. Quanto agli accessori del suolo trovasi però nel diritto scozzese una notevole differenza dal nostro. Gli alberi, i sempreverdi e tutte le piante non richiedenti semi e coltivazione, sono *heritable*; ma non sono tali i frutti industriali del suolo, i quali son considerati connessi colla proprietà del seme e del lavoro e riguardati come manifatture nelle quali vengono impiegati i poteri produttivi del suolo; (2) per converso cose che per loro natura sarebbero *heritable*, pos-

(1) Pavitt, l. c., pag. 37, C. C. It., art. 418.

(2) Lorimer, l. c., pag. 179-180: cita come eccezionale il caso Nisbet nel quale i vegetali contenuti nell'orto furono ritenuti inclusi nell'immobile venduto e perciò *heritable*.

sono diventare mobili per avere il carattere di accessori ad oggetti mobili di maggiore importanza; un certo numero di oggetti *heritable* formante parte del fondo di commercio di una compagnia mercantile è un *trust estate* dei partecipanti e mobile. Il diritto scozzese ammette inoltre gli effetti della destinazione riconoscendo come *heritable* i materiali preparati per il ristauro di una casa. (1) Altri oggetti mobili, come libri e arredi, possono venir dichiarati *heritable* dal proprietario nei riguardi dell' erede e dell'esecutore, ma il carattere così artificialmente imposto a certi oggetti per effetto di destinazione non porta veruna modificazione al loro carattere in quanto si riferisce ai provvedimenti di diligenza da parte dei creditori. I debiti personali pagabili anche ad un tempo futuro e con interessi decorribili da questo tempo, sono in generale mobili; e così è delle azioni delle compagnie pubbliche o private e dei fondi pubblici; ma i diritti cui è già assegnato un tratto di tempo futuro come le rendite vitalizie e le prestazioni annue sono *heritable*. (2)

627. — Negli Stati Uniti varia da Stato a Stato il concetto di personalità o realità delle cose. È definito come *real estate* il complesso delle terre, tenimenti, (tenements), e beni ereditari, (hereditaments) nel New Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Rhode Island, Nuova York, Indiana, Illinois, Michigan, Wisconsin, Jowa, Minnesota, Kansas, Nebraska Delaware, Virginia, West Virginia, Carolina del Nord, Kentucky, Tennessee, Missuri, Arkansas, California, Colorado, Dakota, Idaho, Montana, Utah, Carolina del Sud, Alabama, Nuovo Messico ed Arizona. Sono altresì assimilati ai *real estates* tutti i diritti ed interessi connessi con quelli, in tutti gli Stati suaccennati ad eccezione dell'Indiana, Illinois, Nebraska, Delaware, Carolina del Nord, Missuri, Arkansas, California, Dakota, Carolina del Sud, Alabama, Nuovo Messico, Arizona. Sono eccettuati gli interessi *chattels* in Virginia, West Virginia, Kentucky; ma i *chattels* reali, (beni limitati ad un certo numero di anni) sono inclusi come stati *reali*, eccettuate in Nuova York le concessioni non eccedenti i tre anni; nel territorio di Washington sono reali i possedimenti limitati a tutta la vita di un altro; in Georgia si riconosce il carattere di stato reale a tutte

(1) Lorimer, l. c., pag. 180.
(2) Pavitt, pag. 34.

le terre ed ai fabbricati che vi si trovano, a tutte le cose permanentemente aderenti alle une od agli altri, ad ogni interesse da esse derivante o dipendente; nella Luisiana sono ritenuti immobili il suolo, gli edifici ed altre costruzioni, abbiano o non abbiano le fondamenta sul suolo, le messi, gli alberi ed i loro frutti; nel Maine gli alberi abbattuti (down) giacenti al suolo sono proprietà reale e mutano di proprietario col trasferimento di questa, ma se sono scortecciati o tagliati diventano proprietà personale; nel suolo poi si comprende ogni proprietà reale come fu prima definita; in altri Stati, come nel Mississipi, tutti i *corporeal hereditaments*; nell' Oregon, Nevada, e Colorado « le terre, i tenimenti e gli ereditamenti; » e nella Nevada, Colorado e Wyoming le miniere e gli altri diritti possessori; in altri, come la California ed il Dakota, il suolo è definito la parte solida della terra qualunque siano gli elementi cui è composta. (1)

628. — Non ripugna dunque in genere all'indole di questi diritti particolari l'assimilazione delle cose destinate all'uso ed al lavoro di un immobile, coll'immobile stesso; anzi essa trovasi ammessa dalle leggi di alcuni Stati e specialmente dal codice della Luisiana; ma così in queste come nelle altre leggi prima citate non è identico il criterio regolatore di tale assimilazione. Così mentre secondo la legge francese (2) e quella italiana (3) e secondo talune leggi americane, agli alveari è attribuito carattere immobiliare, essi sono mobili secondo il codice olandese. (4) Nella stessa guisa, data dalla legge italiana come da quella francese la necessità di un immobile come substratto di una ipoteca, la diversità di criterio notata fra gli articoli 408, 409 e 419 del primo e gli articoli 517, 519 e 531 del secondo circa gli edifici galleggianti collegati ad una fabbrica ma non fissi su piloni, è importante per decidere quale legge debba determinare l'indole mobiliare od immobiliare della cosa, per poter poi giudicare della sussistenza di un'ipoteca e dei diritti e delle azioni che ne derivano. Egualmente mentre secondo il diritto italiano e francese (5) i materiali provenienti dalla demolizione di un edificio raccozzati per costruirne un altro, sono ritenuti mobili finchè non siano stati adoperati

(1) Stimson, l. c. pag. 162, 3.
(2) Art. 524. — (3) Art. 413. — (4) Art. 563.
(5) Art. 420, cod. it. e 532, cod. fr.

alla ricostruzione, essi possono essere in certi casi, secondo il diritto scozzese (1) e sono secondo quello olandese (2) considerati ancora come immobili se provengono dalla demolizione di un edificio che si abbia il proposito di ricostruire. La legge ipotecaria belga (3) annovera i privilegi e le ipoteche fra i diritti reali immobiliari; gli interpreti del codice napoleone li considerano invece come diritti mobiliari e tali essi risultano dal codice italiano; (4) sicchè prima di indagare nel caso di tali diritti spettanti a belgi in Italia od in Francia, od a francesi od italiani in Belgio, se ed in qual misura esista azione estraterritoriale della legge relativa agli immobili od ai mobili, sarà necessario determinare a quale legge si debba ricorrere per determinare a quale specie di beni quei diritti appartengono. Ora sotto tutti questi rapporti non v'ha dubbio che la soluzione è molto più semplice e più generalmente accolta, che non rispetto alla prevalenza di una legge determinata circa i mobili o gli immobili, e che per essa si ha modo di togliere ogni dubbio intorno alla loro qualità di pertinenti all'una od all'altra categorìa. La complessità dei rapporti relativi ai beni delle due specie ed il diverso modo di considerarne l'importanza, potrà far sì che una legislazione decampi più, un'altra meno, ed un'altra punto, dall'applicazione imperativa a quelli nei casi concreti della legge territoriale. Ma nella determinazione del carattere mobiliare od immobiliare dei beni come in ogni altra loro distinzione di specie, s'impone e preme su qualunque altro concetto quello adottato dalla legge territoriale.

629. — In ogni paese è considerato sopra tutto come intangibile l'organismo della società; parte di questo è senza dubbio quella serie di distinzioni e di definizioni delle cose dalla quale deriva tutta una serie di diversità nelle conseguenze giuridiche di cui quelle sono passibili; perciò quantunque il diritto dello straniero possa in certi casi e debba sovente secondo la logica connessione dei rapporti, far sentire la propria efficacia sulle cose situate nel territorio, tale efficacia non potrà mai giungere fino al punto di mutare l'indole giuridica, e potrebbe dirsi, il carattere distintivo e quasi personale, che a quelle cose ha attribuito la legge del paese della situazione.

(1) Lorimer, l. c., pag. 180.
(2) C. C. Neerland, art. 5, 6, 3 e 4.
(3) Art. 1. — (4) Art. 418.

La cosa dello straniero appartenente secondo la legge del paese di lui ad una categoria di cose e secondo la legge della situazione ad una categoria diversa; è ascritta senza dubbio a quest'ultima dal momento che si trova in un territorio diverso da quello cui appartiene la persona; l'ordine ed i diritti supremi del paese della situazione esigono che le cose ivi esistenti, a chiunque appartengano, *a cangiar lor materia* giuridica *sieno pronte* conformemente alle regole di diritto che vi sono in vigore. Il Clunet (1) nel commentare una sentenza della corte d'appello di Caen confermata dalla corte di cassazione il 19 Marzo 1872, che stabiliva la nullità della ipoteca o *mortgage* consentita anche all'estero sopra una nave straniera, mentre questa trovasi in un porto francese, si domandava la ragione di quest'ultima disposizione e la trovava nell'articolo 190 del codice francese che, dichiarando mobili i navigli, li rende perciò secondo l'articolo 2119 non suscettibili di ipoteca; riconoscere il carattere immobiliare di quel naviglio sarebbe stato sancire un principio contrario al diritto pubblico francese. Il tribunale civile di Bordeaux applicava lo stesso principio (2) giudicando che dovesse trattarsi una nave straniera in Francia come mobile quanto alla distribuzione del prezzo anche fra creditori stranieri, quantunque nel paese di questi e della nave, quest'ultima sia assimilata ad un immobile. Nè tale criterio di diritto internazionale privato ripugna al diritto inglese (3) che mentre ritiene una nave inglese parte del territorio britannico mentre si trova in alto mare od in un fiume d'un paese straniero al disotto del punto più basso dove giunge il flusso e riflusso del mare non la giudica più tale al di là di questi limiti.

L'applicazione che si esige poi delle norme proprie della legge di un paese ai fondi pubblici dello Stato negoziati all'estero anche per quanto si riferisce alla determinazione della categoria di beni cui quei fondi debbano essere ascritti, non è se non una conseguenza rettamente intesa della stessa regola che vuol prevalente la territorialità nella distinzione delle cose; infatti i beni rappresentati dai fondi pubblici non si trovano effettivamente nel luogo

(1) Clunet, *Bulletin de Jurispr. Int. France*, 1872; *Revue de Dr. Int.* vol. V, pag. 247 e seg.

(2) 20 Agosto 1883, O'Briens c. London, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 190-1.

(3) Westlake, l. c., § 144.

dove il loro segno rappresentativo vien trasportato, ma nel luogo dove si trova il capitale che il titolo negoziato partitamente rappresenta; sicchè è secondo il diritto di quest'ultimo territorio che devesi decidere a quale categoria di beni quella quota di capitale appartenga. (1) Ciò non costituisce dunque un' eccezione alla regola secondo la quale la commerciabilità o non commerciabilità dei beni, e la categoria di beni commerciabili cui determinate cose appartengono deve essere determinata dalla legge del paese dove le cose stesse si trovano. (2)

630. — Diversa è la questione quando si tratta di determinare quale legge debba prevalere circa i beni immobili o mobili considerati in se stessi facendo astrazione dai rapporti personali fra coloro che li possiedono o li trasmettono; in tal caso non si tratta più di determinare se una cosa sia in commercio od estracommercio, mobile od immobile, ma, ritenuta fuori di questione la sua indole di mobile od immobile, trattasi di determinare a quale legge spetti il regolamento della cosa stessa e dei diritti reali che vi si riferiscono, prescindendo dai rapporti fra le persone e dagli effetti che possono derivarne su quelle. Il più importante di tali diritti è quello di proprietà. Ammessa in un determinato paese la proprietà, sarà questa dello Stato o dei privati, individuale o collettiva? Quali facoltà vi saranno contenute; quali ne saranno le conseguenze? A tutte queste domande non v'ha dubbio che si dovrà rispondere secondo la legge del luogo dove gli immobili sono situati, perchè l'ammissione d'uno e la condanna d'un altro rapporto fra le persone ed i beni immobili, fa parte della costituzione stessa dello Stato e con questa di quel complesso di norme dalle quali uno Stato non può decampare. Sicchè, mentre studiando lo stato e la capacità della persona, importa conoscere le varie leggi che la riguardano nei singoli paesi per conoscere concretamente nei rapporti internazionali quale norma d'una legislazione debba far sentire il proprio effetto nel territorio retto da un' altra, nello studiare le cose immobili e la

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 681-3, Tribunale Civile della Senna, 8 Agosto 1885, Banque Commerciale de Bâle c. Ropiquet e Field, l. c., art. 572.

(2) Art. 5 dell'Avant-Projet Belga: « Se i diritti di credito sono rappresentati da titoli cessibili a mezzo della tradizione o della girata, sono ritenuti situati nel luogo dove i titoli si trovano ».

condizione giuridica in cui possono trovarsi rispetto alle persone, basta conoscere la legge della situazione per sapere quale norma debba in ogni caso imperativamente ed esclusivamente applicarsi a regolare la condizione della cosa stessa.

Ed anzi tutto importa far ciò per il diritto di proprietà e per le sue conseguenze. Su pochi punti come su quello variarono tanto in tempi diversi i concetti informatori della legge di un medesimo paese e variano tanto nello stesso periodo di tempo quelli che informano le leggi di diversi Stati.

In alcuni paesi il concetto di proprietà individuale non fu ai nostri giorni ancora accolto dalla legge; il solo sovrano vi è il proprietario di tutto il suolo, ed i possessori e coltivatori stessi del suolo non sono se non detentori soggetti al beneplacito di lui. Così è in molta parte dei paesi di civiltà inferiore; una delle cause dell'ultima guerra fra la Francia ed il Madagascar fu appunto un litigio sollevato da certi francesi che, avendo acquistato terre in quell'isola, pretendevano avervi acquistato su quelle tutte quelle facoltà di disposizione fra vivi e per causa di morte, che risultano dal concetto francese della proprietà, mentre il governo indigeno con perfetta ragione sosteneva inammissibile che si acquistassero da stranieri sopra una parte del suolo malgascio diritti ignoti alla costituzione politica ed economica del Madagascar.

In altri Stati, dove pur la proprietà individuale è riconosciuta, essa è ciononostante uno degli istituti giuridici più recentemente penetrati nelle leggi e non peranco penetrati nei costumi. Così l'Egitto non conobbe fino agli ultimi tempi la proprietà individuale. Al principio di questo secolo, come al tempo dei Faraoni, (1) il sovrano era proprietario di tutto il suolo; soltanto dopo la conquista romana il sovrano non si incaricò più di mantenere i proprii sudditi; lasciava loro i frutti della terra, ma essi dovevano pagare un'imposta fissata arbitrariamente e che poteva essere da lui mutata tutti gli anni. Nel 1813 Mehemet Ali volle istituire, se non la proprietà, il possesso individuale vitalizio; fece censire e dividere le terre in lotti che furono ripartiti fra gli abitanti di ogni comune attribuendone ad ogni coltivatore da tre a cinque *feddans*; (2)

(1) Yacub Artim Bey. La propriété foncière en Egypte; e P. Vial. Cenno sul precedente libro nel *Bulletin de la Soc. de Lég. Comp.*, 1885, pag. 285-7.

(2) Da un ettaro e settantasette are a due ettari e novantasei are.

egli fece anche concessioni di terre incolte a condizione di dissodarle (abadieh) e costituì a profitto dei principi e dei maggiori dignitarii certe dotazioni territoriali di grande estensione ed esenti da imposte (echiflicks). Tutte queste concessioni però non costituivano se non altrettanti usufrutti. Nel 1846 fu concessa la facoltà di trasmettere le concessioni per via di permuta o di vendita: una legge dell'8 giamal-amel 1851 riconobbe il diritto di successione agli eredi maschi, con esclusione delle donne; nel 1858 si autorizzò il trasferimento dei fondi agli eredi dei possessori senza distinzione di sesso secondo il diritto musulmano, e si concesse la facoltà ai possessori di ipotecare e di vendere le terre, riservandosi però sempre lo Stato per motivo di utilità pubblica il diritto di espropriazione senza indennità. Finalmente nel 1871 la legge della *Mukabalah* riconobbe in tutta la sua estensione la proprietà individuale in favore di tutti i possessori che avessero pagato subito sei annualità anticipate di imposta; e tali disposizioni furono completate dalle leggi del 27 Settembre 1880 e del 8 Luglio 1881 le quali disposero che i terreni appartenenti ad una famiglia saranno iscritti sulla matrice catastale distintamente per ciascuno degli aventi diritto.

Nell'impero ottomano non manca una maniera di detenzione della terra che corrisponde perfettamente al concetto della proprietà adottato nei nostri sistemi di diritto; è questa la detenzione dei beni *mulk* provenienti nella massima parte da quelle terre che al tempo dell'invasione maomettana furono divise fra i vari capi militari islamiti o lasciate per accordi speciali nelle mani delle popolazioni vinte. Invece i beni *vacúf*, cioè ascritti a scopi di pubblica utilità, di culto o di beneficenza, sono inalienabili; i privati non possono averne se non l'usufrutto, che è dato loro affittare e trasmettere ai propri eredi; e l'immobile cessa dal momento che è attribuito ad un *vakúf* di essere sequestrabile per i debiti del possessore anche se questo lo tenga in locazione perpetua. Infine i beni *guediks* consistono nelle parti di un immobile acquistate mercè la corresponsione di una rendita annua per esercitarvi perpetuamente un mestiere od una professione. I *guediks* possono essere *mulk o vacúfs* a seconda della specie di immobile al quale appartengono; secondo una legge dell'Agosto 1861 essi non possono venir costituiti se non in virtù di un firmàno la cui con-

cessione è limitata secondo attesta il Rougon (1) « aux marchands de farine de frangeoles, de pain et de tabac ». Il genere della detenzione d'un bene immobile in Turchia è determinato per quelli ora accennati dalle norme della legge religiosa; per le terre *mirié*, *mevkufé*, *metruké* e *mevat*, dalla legge del 21 Aprile 1858. Le terre *mirié* e *mevkufé* appartengono allo Stato; i privati ne possono acquistare il possesso mediante un titolo (*tapù*) rilasciato dall'ufficiale finanziario del distretto dove l'immobile è situato; ma con questo titolo non vien attribuita veruna facoltà di alterare la sostanza della cosa acquistata, nè di alienarla validamente senza l'adesione dell'agente del demanio. Uno straniero che acquistasse in Turchia una parte di suolo appartenente ad una di tali categorie contemplate dalle leggi ottomane, non potrebbe giustamente invocare il proprio diritto personale per sostituire al modo di tenimento consentito per quel fondo dalla legge del paese, un altro modo contemplato dalla legge propria.

631. — Altri paesi non conoscono del tutto od ignorano in parte simili limitazioni portate al diritto di proprietà, ma nel tempo stesso riconoscono punto o soltanto in parte la proprietà individuale, sicchè i diritti sugli immobili vi sono considerati come attributi di una collettività e come esercitati dall'individuo in nome e sotto il controllo di questa. In alcuni paesi, come in parte nell'India, la proprietà immobiliare è l'attributo della famiglia associata nell'indivisione, che gode in comune del diritto di proprietà, e quantunque tale associazione non si prolunghi sovente per più di due generazioni, pur presenta finchè sussiste un esempio di proprietà collettiva. (2) Fra gli slavi del sud tale comunità domestica dura più lungamente ed è più determinatamente organizzata, comprendendo varie famiglie di parenti che vivono insieme sotto la direzione di un capo comune; differisce pertanto dalla famiglia naturale, perchè mentre questa è il complesso dei discendenti da un uomo vivente, la comunità domestica comprende il complesso dei discendenti da un comune antenato defunto. I diritti della comunità sono tutelati da tutti gli associati sotto la direzione dei capi di famiglia di età matura; il capo della comunità o *domacin* rappresenta

(1) F. Rougon, *Du régime de la propriété immobilière et du droit pour les étrangers d'acquérir en Turquie*; *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 60.

(2) Sumner Maine, *Études sur l'hist. des institutions primitives*, pag. 98. 9.

esternamente la società, ne amministra i beni e ripartisce il lavoro e viene eletto dall'assemblea che sceglierà normalmente il fratello prossimo dell'ultimo amministratore. Il capitale ed i fondi necessari alla vita economica dell'associazione non possono venir alienati, ma il peculio individuale si manifesta sempre più in quelle società, esercitando nel seno della comunità la propria azione dissolvente. (1)

Altrove, come in Russia ed in altre parti dell'India, dalla comunità domestica si è sviluppata la comunità di villaggio che assunse una forma bellicosa fra i *clans* del Rajpùtana, una forma pacifica ed informata ancora al sentimento della consanguineità nell'India meridionale; ed una forma pur pacifica ma avente per precipua base di unione, anzichè il concetto della comune discendenza, la comunità della terra occupata, nell'India del nord ed in Russia. Le terre del villaggio non sono più, in tale forma di aggregazione, la proprietà collettiva della comunità; la parte arativa vien ripartita fra le diverse famiglie, i pascoli son pure in parte ripartiti, ed i terreni incolti rimangono comuni dando così luogo un po' alla volta alla distinzione fra i beni privati ed i beni comunali.

La prima forma di tali comunità vive ancora nel Montenegro, dove non può dirsi che esista normalmente proprietà rurale nè assolutamente individuale nè simile a quella delle terre signorili (spahiluk) ed appartenenti ad una sola famiglia. Il principe stesso non possiede per eredità se non dieci acri di terreno; qualche famiglia nel *nahiè* della Rjecka fra i Vesojénic ed i Bielopavlóvic possiedono da venti a cinquanta acri appropriatisi col lavoro e cogli acquisti; le altre famiglie hanno da uno a dieci acri; ma si parla sempre di proprietà famigliare e non già individuale. I soli Cernojévic in tutto il Montenegro possedevano vasti beni che a poco a poco furono incorporati nel patrimonio del monastero di Cettinje. Essi erano a disposizione del vladika del Montenegro; nel 1851, quando l'autorità secolare fu separata da quella ecclesiastica, i Petrovic si arrogarono la facoltà di amministrare il patrimonio del monastero di Cettinje attribuendone i frutti alla propria famiglia ed assegnando uno stipendio fisso al vladika ed all'archimandrita; ma ora quelle rendite vengono versate nei fondi delle scuole e la proprietà privata restò senza eccezioni una proprietà fra-

(1) Sumner Maine, *L'ancien droit e la coutume primitive*, cap. VIII, e De Laveley, *La propriété et ses formes primitives*, pag. 201.

zionata. Essa ha continuato però ad essere una proprietà famigliare e questo contribuì ad impedirne l'eccessivo frazionamento. Ogni famiglia ha il diritto illimitato di disporre delle terre che le appartengono, ma sussiste una vecchia abitudine secondo la quale chi vuol alienare un immobile deve prima offrirlo alla propria gente, e se nessun parente dell'uno o dell'altro ramo vuol comperarlo può venderlo all'acquirente che gli si presenta. Il capo della famiglia ha la libera disposizione di quanto potè acquistare col proprio lavoro, ma non di quanto gli pervenne dal padre o dall'avo; (1) quando di ciò si debba venire alla divisione, questa deve farsi in parti eguali.

Altri sistemi legislativi ispirandosi a concetti diversi, hanno invece escluso, mercè i maggioraschi ed i fedecomessi, il frazionamento di una parte delle proprietà; così è della Prussia dove il frazionamento dei fondi era stato fino a poco tempo fa combattuto e dove ogni contratto di suddivisione d'immobili doveva essere sottoposto alla omologazione giudiziaria. (2) Anche in Russia una parte delle proprietà private sono dichiarate indivisibili e specialmente le fabbriche e magazzini dei mercanti, le terre abitate dai contadini della corona ed appartenenti in proprio a questi quando non misurano più di otto deciatine; (3) gli immobili (arendes) accordati dall'imperatore a titolo di ricompensa temporanea o vitalizia ad ufficiali civili o militari; le miniere d'oro situate sulle terre della corona o del gabinetto dell'imperatore; i beni facenti parte di un maggiorasco nelle provincie occidentali dell'impero; e le parcelle assegnate dal sovrano a nobili indigenti perchè siano colonizzate da loro. Inoltre un fondo può diventare indivisibile per effetto d'una decisione imperiale in seguito a domanda del proprietario in circostanze determinate. (4)

L'estensione del diritto di proprietà è del resto riconosciuta dai codici della Russia nelle stesse proporzioni che dal nostro. (5)

632. — In alcuni paesi dunque i limiti alla divisibilità e perciò all'alienabilità di certi immobili possono essere stati ispirati al legislatore da sollecitudine per l'agricoltura, o per la conservazione

(1) Milan P. Jovanovic, *Della legislazione e delle tribù del Montenegro. Bulletin de la Soc. de Lég. Comp.*, 1886, pag. 248-256.

(2) V. Legge del 5 Maggio 1872 che assicura la piena libertà di questi contratti nell'*Annuaire de Législat. Etr.*, 1873, pag. 264.

(3) Circa 9 ettari. — (4) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 171, 2.

(5) Lehr, l. c., pag. 268, 9.

di quell' influenza che deriva dalla proprietà fondiaria in una certa classe di persone; in altri essa deriva dalla sollecitudine di salvare certe classi di persone da una completa rovina. Così negli Stati Uniti la vendita dei terreni facenti parte delle riserve indiane è fatta dipendere dall' assenso del governo e della legislatura federale; secondo una corrente di opinione sollecita soltanto del bene degli indigeni quei beni dovrebbero mantenersi assolutamente inalienabili all' infuori della cerchia indiana; secondo un' altra sollecita del rapido sviluppo di tutti i territorî della federazione essi dovrebbero essere abbandonati alla vicenda delle libere alienazioni; secondo un' altra che si preoccupa del solo prevalere dell' elemento europeo, dovrebbero venire, almeno in buona parte, espropriati; e la legge che regola i diritti su quella parte del territorio s' informa a quello fra i principii che prevale nel paese e che è giudicato più rispondente ai suoi bisogni. (1) Lo stesso sentimento di sollecitudine per gli indigeni spinse il governo della Nuova Zelanda a limitare la divisibilità e l' alienabilità delle terre dei Maori, sicchè questi restano proprietarî, ma il loro diritto di proprietà comprende una minor somma di facoltà, che non quello spettante sulle proprie terre ai loro connazionali di razza europea. Collo scopo di prevenire la spogliazione mascherata o *jobbery* e di dissuadere gli speculatori dall' acquisto delle terre indigene, il governo presieduto da Sir Roberto Stout aveva proposto poco prima di cadere, che una volta accertato il titolo di un fondo Maori, nessuno abbia il diritto di presentarsi direttamente ai proprietarî affermandosi pronto ad acquistarne tutto od una parte; e che d' ora innanzi ogni Maorì desideroso di vendere il proprio fondo debba compiere la vendita col mezzo del commissario governativo e non alienare a condizioni diverse da quelle che prevalgono per le terre incolte della corona; così si intendeva abolire le scroccherie. L' opposizione contrapponeva a questo, un altro progetto proclamante il principio della libertà delle alienazioni nelle terre dei nativi; ma il progetto del governo finì per essere trasformato in legge. (2)

Altrove gli ostacoli alla divisibilità ed alla alienabilità delle terre non sono stati ispirati tanto dal concetto di salvare una de-

(1) Simonin, *Les Indiens aux États Unis*, Révue scientifique, 6 e 20 Mars, 1886.

(2) The New Zealand Herald, 28 Jan. 1887. Adress of Sir Robert Stout to the Electors of Dunedin.

terminata classe di persone dalla rovina economica, quanto dal non riconoscere come una conseguenza della detenzione di una parte del suolo quella pienezza di diritti che corrisponde al nostro concetto della proprietà. Quella complessità di rapporti che esisteva nel sistema del feudalismo fra il signore ed il suo vassallo ha lasciato traccie del suo passaggio in paesi, come la Granbrettagna, dove da secoli il feudalismo ha cessato di esistere, ma dove, quantunque se ne vada distruggendo di quando in quando qualche avanzo pure nel diritto civile sussiste ancora lo scheletro nel sistema feudale. (1) Secondo tale sistema il sovrano era il possessore di tutto il territorio della nazione, ch' egli distribuiva ai proprî vassalli a condizione di servizio militare e che questi alla loro volta suddividevano fra altri subvassalli ad identiche condizioni. In Scozia fu concesso che il sistema della subinfeudazione si prolungasse all' infinito, ed il detentore ebbe facoltà di scelta fra la creazione di un nuovo feudo e la sostituzione del compratore nei proprî diritti e nei proprî obblighi verso il signore. Una volta costituito un feudo, un certo interesse sussiste sempre a favore del superiore (superiority, dominium directum) in confronto del detentore che ne ha la *property* (dominium utile). Ma il diritto del superiore si ridusse coll'andar del tempo ad una prestazione in denaro od in natura ridotta, per le terre della corona, ad una somma puramente nominale come una rosa, un *penny*, un seme di pepe; per le terre dei privati il pagamento determinato dai patti era di maggiore importanza, coll' aggiunta di un pagamento straordinario o *casualty* per ogni successione e trasmissione. Secondo la sezione 23 del *Conveyancing Act* del 1874 tali *casualties* furono abolite per i feudi costituiti dopo la promulgazione dell'Atto. D'ora in poi il *feu-duty* annuo deve essere stabilito in una somma determinata; nessuna *casualty* è pagabile per legge senza un patto espresso; e non è permesso di stipulare una *casualty* per successione di un erede o successore singolare o per qualsiasi altro motivo eccettochè ad intervalli fissi; ma è permesso di stipulare un permanente aumento o riduzione delle corresponsioni feudali, o la trasformazione di una *casualty* in una somma fissa e periodica, purchè l'ammontare della proporzione ed il tempo dei pagamenti siano certi. Soltanto

(1) Lorimer, l. c., pag. 262.

i beni allodiali sono immuni da ogni corresponsione e da ogni limite nella disposizione da parte del proprietario; ma anche questi sono soggetti alle limitazioni che possono derivare dagli *entails* cioè da quelle destinazioni per effetto delle quali l'ordine legale delle successioni viene alterato restando esclusi o posposti taluni degli eredi legittimi. Con tali destinazioni per cui una determinata proprietà vien sottoposta ad una regola speciale di successione, restano estinti nei detentori successivi alcuni dei diritti essenziali del proprietario, quale è quello di disporre della cosa. Tali detentori non possono disporre diversamente di quelle terre, non possono comunque dividerle, nè contrarre debiti garantendoli su quelle, nè fare alcun atto in forza del quale il fondo possa essere colpito e frustrata la successione futura. Un registro degli *entails* è tenuto, *ad perpetuam rei memoriam*, ed è prescritto che le stesse clausole contemplate nella prima disposizione siano ripetute nel registro di ogni susseguente trasmissione del fondo così destinato. Il diritto dei detentori di *entails* fu modificato da una legge del 1882 che ne concesse la vendita quando sia autorizzata dalla « Court of Sessions » colla condizione però che il prezzo del fondo venduto conservi lo stesso carattere giuridico di quello, e rimanga soggetto alla destinazione ed alle condizioni stabilite nell' atto costitutivo del fondo che deve surrogare finchè non sia esaurita la serie degli eredi o l'*entail* non sia svincolato; il prezzo deve essere depositato ed investito per conto del venditore e degli altri eredi. Ma, ciò che più importa, lo svincolo può avvenire o coll'assenso dell'erede prossimo o coll'autorizzazione della « Court of Session » che però non lo accorda quando l'erede prossimo abbia già assicurato per contratto di matrimonio il passaggio di quel fondo alla propria discendenza, se non nel caso il figlio di lui vi concorra pure personalmente o rappresentato dal tutore. Sicchè ora la libertà di trasmissione di questi fondi non è più tolta in modo assoluto, ma soggetta a certe condizioni e disposizioni regolamentari.

I diritti del locatario di un immobile sono pure limitati; anche nel caso che egli sia conduttore per effetto d'un contratto della durata di 999 anni, non ha la facoltà di cacciare sul fondo senza il permesso del proprietario, e gli è proibito perfino di spaventare la selvaggina per allontanarla dal fondo, e di pescare nei corsi d'acqua che passino per il suo podere. Basta paragonare queste locazioni a lunghissimo termine colla proprietà gravata da un ca-

none livellario, e questi diritti con quelli che risultano fra noi da quest'ultimo rapporto per vedere quanto sia diverso per molti rispetti nel diritto scozzese il concetto della proprietà. (1) Questo è ancor più diverso del nostro in Inghilterra. Mentre sul continente europeo la legislazione complessa dei tempi feudali era divenuta dovunque prima della rivoluzione francese e si mantenne in qualche parte anche dopo di quella, la legge speciale delle classi aristocratiche e delle terre signorili; in Inghilterra essa divenne regola normale applicabile a tutti. Sicchè v'è un complesso di regole circa la trasmissione che impera in quel paese tanto sulle terre libere quanto su quelle feudali, ed una serie di regole speciali sulla disponibilità che si applicano a queste ultime.

633. — Ed anche per le prime il concetto di proprietà è ben diverso da quello romano e dal nostro. È riputato che il possessore di un fondo non possieda mai se non un diritto derivato, un feudo derivante sia direttamente dalla corona, sia da un signore intermediario; sotto questa riserva il suo titolo a possedere la terra può essere di due maniere, ed ha il nome di *freehold* o di *copyhold*. Il primo si acquista mediante una investitura ed era originariamente la condizione dell'immobile posseduto da un uomo libero; il secondo rappresenta un tenimento, il cui solo titolo è una copia del ruolo o registro del castello da cui dipende la terra che ne è l'oggetto. Originariamente il detentore per *copyhold* non possedeva la terra se non secondo il libito del signore senza nessuna garanzia di durata e di stabilità e « conformemente alla consuetudine del maniero ». Oltre al *freehold* ed al *copyhold* sussistono ancora tre altre specie di tenimenti, la *petit sergeanty*, il *bourgage* ed il *gavelkind*. La prima è un tenimento in virtù del quale il possessore è obbligato, verso la corona da cui dipende, soltanto ad una corresponsione annua fissa di valore insignificante quale un arco, una lancia od una spada. La seconda, ora quasi del tutto scomparsa, obbliga i possessori a pagare una rendita al signore del borgo che abitano. La terza è un tenimento speciale alla contea di Kent, secondo il quale i possessori sono astretti ad un servigio feudale fisso, ma puramente nominale. Il fondo tenuto in *bourgage* invece di essere devoluto per successione al figlio maggiore passa al minore; ed il *gavelkind* a tutti i figli insieme.

(1) Lorimer, pag. 195 e seg. e 304 e seg.

Un altro tenimento particolare è quello in franca elemosina (frankalmoign) secondo il quale un vescovo riceve delle terre da un donatore per sè e per i proprî successori a perpetuità colla condizione di far recitare preghiere per l'anima del donatore o dei suoi eredi, o di prestare qualche altro servigio a profitto dei poveri e dei malati; dopo Edoardo I però il re solo può concedere terre con queste condizioni.

Le forme speciali di successione e la diminuzione nel possessore attuale della facoltà di disporre di un fondo, fanno sì che gli immobili si distinguano anche dal punto di vista della *possession* o della *expectancy*, secondo che considerasi il detentore che ne è attualmente investito o che quei beni sono per qualcheduno oggetto d'un diritto di aspettativa. V'hanno due specie di aspettativa; il diritto di ritorno (reversion) ed il diritto di riversibilità (remainder). Quando il proprietario di un *freehold* conferisce altrui sul proprio fondo un diritto vitalizio od a termine, cioè un diritto più limitato del proprio, allora o esso riserva a sè ed ai proprî eredi la facoltà di ricuperare ulteriormente il diritto primitivo nella sua integrità, o cede la sopravvivenza del diritto ad una terza persona. Nel primo caso esiste il diritto di ritorno in favore del disponente o dei suoi eredi, nel secondo appartiene ad un terzo il diritto di riversibilità.

634. — Da parecchie notevoli conseguenze che tuttora sussistono, riesce ancor manifesto il carattere originariamente feudale della proprietà fondiaria inglese. Sotto molti rispetti il vincolo feudale fra il possessore della terra e la corona è ormai ridotto puramente nominale, nè ad ogni decesso o mutazione il possessore è più tenuto a sollecitare una nuova investitura; ma pur ancora certi diritti sono riservati dalla corona nella sua qualità di alta proprietaria. Così non solo quando il possessore di un feudo semplice (freehold) muore intestato e senza eredi, il suo fondo torna alla corona; ma il tesoro pure è devoluto alla corona. (1) Essa sola può conferire il diritto di raccogliere sulla riva alghe, sabbia e conchiglie, eccettochè se un uso locale esista in favore del pubblico; e salvo prova contraria, è alla corona e non ai possessori ripuarî che spettano le alluvioni del mare. Prescindendo da tali eccezioni può dirsi che al detentore di un

(1) Pavitt, l. c., pag. 36 e Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 126-136.

freehold spetti ai nostri giorni piena facoltà di disposizione e di alienazione, quando non trattisi di una sostituzione (entail) o di tenimento vitalizio che (1) pur differisce dal nostro usufrutto.

Più limitati sono i diritti che ha il detentore di un *copyhold*, il quale legalmente non è se non un possessore a discrezione del signore, che conserva il diritto non solo sulle miniere e sui minerali utilizzabili contenuti nel fondo, ma anche sugli alberi di alto fusto che crescono alla superficie di questo, e può impedire che il *copyholder* conceda il fondo in locazione di propria iniziativa per più di un anno, e farlo decadere se commette guasti nel fondo o trascura di farvi le riparazioni necessarie. Ma se nei riguardi del signore il *copyholder* continua ad essere non più di un semplice possessore secondo la volontà di lui, rispetto ai terzi esso è, non meno del *freeholder*, nella situazione di un proprietario. Anche lo stato del *copyholder* può essere, come quello del *freeholder*, vitalizio, sostituito od ereditario. Di quest'ultimo il *copyholder* ha ormai diritto di disporre come se si trattasse di un *freehold*, ma la trasmissione ne resta regolata dalla consuetudine del castello ed in mancanza di eredi il fondo fa ritorno al signore. In certi manieri il signore ha diritto a ricevere dai *copyholders* una corresponsione annua; in altri gode alla morte del detentore del diritto di prelevare il migliore capo di bestiame, ma tale prestazione attualmente si trasforma però sovente in una somma di denaro. Una legge (2) rese possibile la liberazione del *copyhold* anche da questi diritti e dalle altre prerogative del signore, ammettendone la consolidazione e trasformazione o in una somma di denaro od in una rendita fondiaria, ma escludendo dall'affrancamento quando questo non risulti da un patto espresso i diritti sul sottosuolo. Del carattere originario dei *copyholds* è un'altra prova il modo delle loro alienazioni fra vivi; nelle quali non essendo ammessa la costituzione di una serie indefinita di tenimenti subordinati, e non essendo libero il *copyholder* di sostituire altri nella propria condizione subordinata, esso deve ricorrere alla forma d'una retrocessione delle proprie terre al signore, che vi ammette in suo luogo l'acquirente. Alla validità della trasmissione per testamento è invece sufficiente che il trasferi-

(1) L. c., pag, 180.
(2) 4 e 5 Victoria. capo 35.

mento sia fatto iscrivere nel registro della corte signorile presentandone il documento che lo produce al signore od al maggiordomo (stewart). (1)

635. — Le forme di proprietà particolari al diritto inglese passarono originariamente nell'America del Nord; ma dopo la dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti quella parte di disposizioni che si riferiva alla subordinazione feudale della proprietà dovette necessariamente scomparire. Le costituzioni di Nuova York, del Wisconsin, del Minnesota e dell'Arkansas dichiararono allodiali tutte le terre ed abolirono i tenimenti feudali con tutti gli istituti a quelli connessi; dichiarando nullo (in Nuova York e nel Wisconsin) ogni limite d'ordine feudale posto alla libertà delle alienazioni. In alcuni Stati, ad assicurare l'efficacia di tali disposizioni, sono proibite le concessioni di terre agricole con riserva di una rendita che non può pattuirsi per più di dodici anni in Nuova York e nel Michigan, di quindici nel Wisconsin, di venti nell'Jowa, e di vent'uno nel Minnesota. Altri Stati stabiliscono nelle proprie leggi civili la stessa norma che Nuova York e gli altri prima accennati accolsero nelle proprie costituzioni: così il Connecticut, la Nuova Jersey, il Kentucky e la Georgia. Da tali disposizioni deriva il concetto della proprietà piena in quanto si riferisce alla disposizione della cosa; e ne risulta il principio accolto dalle leggi della California, del Dakota, della Georgia e della Luisiana, che « i diritti del proprietario vanno *usque ad cœlum* (2) ». Nel primo di questi ultimi paesi il modo comune di possedere la terra è il *fee simple*, o proprietà piena; i tenimenti condizionali comuni in Europa vi sono rarissimi ed in gran parte proibiti dalle leggi; pochi vi sono i tenimenti vitalizii; le concessioni limitate a tempo non durano per più di dieci anni in campagna e di venti in città. (3) Così si arriva a quel concetto dei rapporti fra l'uomo e la terra che solo può prevalere in uno Stato democratico, nel quale possono variare bensì i limiti che l'autorità sociale è autorizzata a porre all'esercizio del diritto dei privati per uno scopo di pubblica utilità e per la tutela dei sommi interessi sociali; ma al quale ripugna ogni istituto che arresti la commercia-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 212 e segg.

(2) Stimson, l. c., pag. 97-8-9, 146, 155, 158.

(3) Hittel, The resources of California VI. Edit. S. Francisco, Roman 1875, pag. 423-4.

bilità della terra, che subordini permanentemente ad altri diritti privati il diritto di chi la possiede, e che sottraendo una parte delle famiglie ed una parte delle terre alle naturali vicende economiche, tenda a creare un nucleo aristocratico nel seno della società.

Tale è pure il concetto della proprietà sancito dal codice francese che la definisce: (1) il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti; che comprende (2) nella proprietà il diritto su tuttociò che la cosa produce o che vi si unisce per accessione tanto naturalmente quanto per effetto dell'arte; e che vieta le sostituzioni (3) limitando così il diritto di disposizione di ogni singolo proprietario, ma aumentando di tanto rispetto ad ogni immobile il diritto di disposizione di tutti i proprietarii successivi. Tale concetto a cui si oppone ancora in Ispagna la istituzione dei fedecomessi e dei maggioraschi, (4) e per un parziale omaggio al quale questa istituzione fu di tanto limitata in Portogallo (5) è prevalente in tutti i paesi dove penetrò il diritto francese, ed informa la legislazione italiana che respinge con ogni distinzione fra nobili e plebei, così ogni distinzione fra terre libere e tenimenti feudali, fra proprietà liberamente trasmissibili e proprietà sostituite, e che asside il regime della proprietà sulla base del più assoluto individualismo, limitato soltanto, nei rapporti privati, dai diritti della famiglia ed in quelli pubblici dal supremo controllo dello Stato. Questo però non agisce mai come proprietario superiore, ma nella qualità di ente politico superiore agli individui ed alle minori collettività che lo compongono; ed in questo senso opera in varî modi e proporzioni, secondo i varî aspetti sotto i quali concepisce tale propria missione, coll'espropriazione, colla tutela dei minori, colle servitù stabilite per utilità pubblica, collo stabilimento della legittima e della riserva, e con quegli altri limiti all'esercizio del diritto di proprietà che possono essere richiesti in nome di quella funzione pubblica sociale cui corrisponde l'esistenza stessa dello Stato. Così, per esempio, in Islanda dove le risorse del suolo sono straordinariamente scarse anche relativamente alla esiguità della popolazione

(1) Articolo 544.
(2) Art. 546. — (3) Art. 896.
(4) Lehr, *Dr. Civ. Espagn.*, pag. 435 e seg.
(5) C. Civ. Port., art. 1866-7-8-9, 1871-2.

e dove la salute stessa della società esige che un solo angolo di terra coltivabile non sia sottratto alle cure dell'agricoltore, è stabilito (1) che ogni proprietario il quale non coltivi da sè il proprio fondo, sia obbligato ad offrirlo ad altri in locazione.

636. — Siano questi diversi concetti così della proprietà privata e delle facoltà che ne derivano come dei limiti che la determinano, una conseguenza della tradizione storica di una società determinata, od un effetto della condizione stessa delle cose che necessariamente induce ad adottarli in un dato tempo, è evidente ch'essi formano parte del diritto pubblico dello Stato. La differenza fra le leggi dell'una e quelle dell'altra specie consisterà soltanto nella minor probabilità di durata delle prime quando, collegate da una parte alla tradizione storica di un popolo, non siano rese dall'altra necessarie anche dalla sua situazione attuale; ma, rispetto ai rapporti cogli altri Stati e cogli stranieri, tanto le une quanto le altre costituiscono egualmente regole di ordine pubblico. Per quanto possano essere poco corrispondenti alle esigenze d'un secolo ed alle regole razionali formulate da un filosofo, esse, finchè non vengono abrogate, formano parte della costituzione stessa sociale, la quale comprende non solo le regole che si riferiscono alla formazione di quella personalità superiore che ha nome di Stato, ma anche quelle che stabiliscono quanto e come e in quali limiti lo Stato debba riconoscere, proteggere e difendere i diritti dei privati. Ammessi pur dunque gli stranieri alla proprietà, il significato di questa parola, e l'analisi delle facoltà ch'essa implica, si devono cercare nel dizionario giuridico del paese dove la proprietà stessa si trova.

Chi compera od eredita un fondo in un territorio dove la proprietà spetti totalmente allo Stato ed il privato che possiede venga assimilato ad un possessore il cui titolo sia o non sia rinnovabile secondo il libito del sovrano, non potrà pretendere per sè maggiori diritti di quanti siano garantiti dalla legge del paese dove la cosa si trova. Chi acquista comunque un fondo dove questo sia soggetto ad una superiorità feudale, dovrà soggiacere a svolgere i propri diritti in quella cerchia più ristretta della normale che gli è consentita da leggi simili a quella della Scozia e dell'Inghilterra. Chi acquista un fondo dove la terra sia libera e

(1) Legge del 12 Gennaio 1884, *Ann. de Lég. Etr.*, 1885, pag. 806.

commerciabile e trasmissibile al maggior grado, non potrà invocare la propria legge personale per arrestarne la vicenda economica mediante sostituzioni. Su ogni proprietà situata in un paese imperano le servitù in quello istituite per utilità pubblica; tutte son minacciate egualmente dalla possibilità dell'espropriazione secondo le leggi dello Stato, come su tutta l'Islanda incombe ad ogni proprietario la necessità della scelta fra la coltura diretta del fondo e la locazione. Il concetto della proprietà e delle facoltà che ne derivano è un concetto altamente sociale; ad esso corrisponde colla tutela una precipua funzione dello Stato; esso perciò non può essere se non quale lo Stato lo riconosce.

637. — Lo stesso ordine di idee può applicarsi oltrechè al concetto della proprietà costituita, anche ai modi secondo i quali essa può costituirsi, poichè è certo che la funzione di tutela dei diritti privati che spetta allo Stato, implica come condizione la certezza dei diritti stessi, e tale certezza non può ritenersi esistente per quanto riguarda la proprietà immobiliare, se in tutto od in parte non siansi seguiti i modi riconosciuti dalle leggi del paese.

Nel caso dell'occupazione tali considerazioni acquistano tanto maggiore importanza inquantochè rispetto ad essa l'individuo e lo Stato trovansi più direttamente l'uno di fronte all'altro. Lo stato ha la signoria politica su tutto il territorio e su tutti gli abitanti; nella parte abitata e coltivata il suolo trovasi, nei rapporti privati, sottoposto al diritto degli individui e l'azione dello Stato rispetto a questi ed all'esercizio del loro diritto è esclusivamente di controllo, di limiti e di tutela; nella parte abbandonata invece la proprietà privata non esiste; lo Stato che quando essa esiste ha il compito di tutelarla, può esigere di stabilire le condizioni alle quali essa debba intendersi formata. Esso può limitarsi a consentire con larghezza l'iniziativa dei privati ed a riconoscerne gli effetti; oppure può ritenere che dalla sovranità politica derivi per lo Stato sulle terre non occupate un diritto di proprietà; che ogni acquirente debba far capo a lui, e che perciò la proprietà dei privati non possa essere se non derivativa. È evidente che entranbi questi concetti si collegano coll'idea dello Stato e dei suoi diritti e col regime economico del territorio e della società tutta intera che lo abita.

Nell'origine delle società, data la proprietà collettiva che contraddistingue il passaggio dalla vita nomade a quella sedentaria,

è la società stessa rappresentata dal suo ente direttivo che acquista, mercè lo stabilimento ed il lavoro applicato al suolo, tutto quel complesso di diritti dal quale si svolgeranno più tardi scindendosi, così la supremazia della sovranità come la proprietà privata. Sviluppatosi da questo primo rudimento lo Stato, o avoca a sè tutta la proprietà come nelle autocrazie orientali, o considerando la sovranità piuttosto come supremazia sul popolo che come diritto di disposizione del territorio, riconosce negli individui il diritto di occupare le terre senza padrone od abbandonate, acquistandole collo stabilimento e colla applicazione del proprio lavoro come nel sistema romano. E fu appunto alle regole sancite in questo sistema circa la proprietà privata, che gli Stati moderni ricorsero per giustificare quell'applicazione al diritto pubblico della teoria dell'occupazione che ebbe tanta parte nella fondazione degli imperi coloniali.

Nei riguardi dell'occupazione considerata nel diritto privato gli Stati moderni trovansi in condizioni diverse di fatto e di diritto; l'aumento della popolazione ed il diffondersi della coltura fecero sì che nel vecchio mondo mancasse in gran parte occasione all'occupazione; ed il concetto della sovranità territoriale che prevale sulla proprietà privata esistente, nei limiti richiesti dagli scopi sociali, aiutò lo svilupparsi di un altro concetto: quello cioè che la sovranità importi proprietà su tutte quelle parti del territorio che non sono nella proprietà dei privati, sicchè allo Stato debbano ricorrere quelli che vogliono acquistare immobili senza proprietario, e che allo Stato ricadano i beni che il proprietario abbandona. Però, pur nella prevalenza di questa norma, sussistono ancora accanto agli Stati che la ammettono nella sua interezza, altri che riconoscono la regola opposta, ed altri infine che contemperano entrambe.

638. — Il codice delle Provincie Baltiche (1) stabilisce che così gli immobili come gli oggetti mobiliari senza padrone, possano essere acquistati per occupazione sia che non abbiano mai fatto parte del patrimonio di alcuno, sia che vengano abbandonati dal precedente proprietario, purchè l'intenzione d'abbandono sia, da parte di quest'ultimo, fuori di dubbio. Il codice russo invece (2) dichiara

(1) Art. 749, 50.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 180.

che i beni non appartenenti nè ai privati nè ad una corporazione, nè all'amministrazione della corte o degli apannaggi, nè a qualche stabilimento pubblico speciale ed i beni di chi non lascia eredi sono proprietà dello Stato. Il codice austriaco giunge, contrariamente a quanto ne afferma il Weiss, (1) alla stessa soluzione, perchè dopo avere disposto (2) che le cose non appartenenti ad alcuno si possono acquistare, mediante la occupazione, ad tutti i membri dello Stato, aggiunge (3) che tale diritto compete ad ogni privato sulle *cose mobili* abbandonate, ma che (4) in quanto debbano considerarsi come abbandonati *ed avocarsi allo Stato* i fondi lasciati affatto senza coltura e gli edifizi a motivo di trascurata riparazione, viene determinato dalle leggi politiche. Egualmente il codice prussiano (5) autorizza lo Stato sia ad impossessarsi direttamente dei beni senza padrone, sia a conferirne altrui la proprietà od il godimento. Il principio che i beni senza padrone appartengono allo Stato è pure sancito nel modo più esplicito dal codice francese, dal codice italiano, dalla legge spagnuola del 9 Maggio 1835 che attribuisce allo Stato i beni vacanti o senza proprietario conosciuto, e dal codice portoghese. (6)

Nel diritto inglese l'occupazione (7) fu sempre mantenuta nei limiti più ristretti, ed ora non è ammessa nè per quanto riguarda la madre patria, nè, ciò che più importa, per quanto riguarda le colonie. Tutte le sterminate distese di terreno non ancora occupato che giacciono al di là dei centri abitati del Canadà dell'Australia e della Nuova Zelanda, formano le terre della corona (*crown lands*) che un ufficio apposito distribuisce ai coloni vendendone tutti gli anni una parte il cui *maximum* è determinato dal potere legislativo coloniale, ed il cui prodotto forma uno dei cespiti importanti del bilancio della colonia. (8) Tale pure è il sistema seguito in generale negli Stati Uniti d'America, dove le terre non

(1) L. c., pag. 759, n° 2.
(2) § 382. — (3) § 386. — (4) § 387.
(5) II, 16, § 8. — (6) Art. 383 e segg.
(7) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 233, 4.
(8) Lo Stato è il proprietario del paese « the State is the landlord of the country » è la massima applicata in tutte le sue conseguenze dal nuovo « Crown Lands bill » che sta davanti al Parlamento della Nuova Galles del Sud e deve regolare la futura condizione di due terzi del territorio dello Stato equivalenti al doppio dell'intera superficie del nostro paese. V. Sydney Morning Herald, 15 Marzo 1888, pag. 5.

occupate si ritengono o federali o dello Stato, ma dove però in qualche Stato il concetto di questa proprietà si contempera in una certa guisa col riconoscimento del diritto del colono che vi si stabilisce. Le costituzioni di Nuova York, del Wisconsin, della Carolina del Sud e del Michigan dispongono che ogni successione vacante ritorni al popolo. Il diritto di Nuova York, del Kentucky, della California e della Georgia dichiara che la repubblica ha posseduto la proprietà originale e possiede la proprietà definitiva di tutti i fondi esistenti nello Stato. Perciò il titolo iniziale della proprietà da parte dei coloni non può sorgere in generale se non mediante acquisto da un privato o dallo Stato; a ciò provvedono le varie leggi particolari e quelle federali. Nel Nuovo Hampshire i commissarii delle terre pubbliche possono venderne quella parte che stimano conveniente; nel Maine è limitato a 200 acri la parte che può concedersi ad un solo colono e che soggiace a condizioni di lavoro e di residenza non adempiendosi alle quali egli perde la concessione; in Nuova York le terre pubbliche sono vendute al tasso fissato dai commissari e pagabile in sei anni dopo i quali il colono riceve un titolo definitivo di proprietà; nel Wisconsin chiunque si stabilisce sulle terre pubbliche e le coltiva può acquistarne 160 acri al prezzo di un dollaro ed un quarto per acro; ma nessuna terra può essere soggetta all'azione unilaterale di un privato (private entry) se non è stata offerta una volta all'asta pubblica; nella Virginia Occidentale lo stabilimento autonomo del colono nelle terre pubbliche, ammesso in qualche caso nel Wisconsin, è vietato, e di tutte deve farsi la vendita per opera del commissario delle terre; nella Carolina del Nord è invece ammesso lo stabilimento nelle terre senza padrone da parte dei coloni che, pagando la somma corrispondente al prezzo normale di vendita al tesoriere dello Stato, ricevono da lui un certificato di proprietà; nell'Arkansas è pure ammessa tanto la vendita all'asta a non meno di due dollari per acro, quanto lo stabilimento del colono che paghi lo stesso prezzo; secondo la legge del Texas tale stabilimento al prezzo di un dollaro all'acro è ammesso in favore di ogni cittadino dello Stato che non possieda già 160 acri di terra; limite esteso in California, Nevada ed Oregon per tutti i coloni a 320 acri, lasciando loro un diritto di prelazione per il periodo di sei mesi dopo lo stabilimento. Nel Colorado ogni cittadino ha facoltà di occupare la terra pubblica dove intenda sta-

bilirsi per una estensione non maggiore di 160 acri, purchè ne faccia una dichiarazione e questa venga registrata. Nella Georgia e nella Florida il colono acquista la proprietà sulla terra dove si è stabilito e che abbia migliorato, purchè non la abbandoni e ne paghi il prezzo che è nel secondo di quei paesi eguale al minimo pagato per le terre pubbliche negli ultimi cinque anni; nella Luisiana le terre non occupate non possono acquistarsi se non per compera; nel Nuovo Messico invece chiunque può prendere possesso delle terre pubbliche per una superficie di 320 acri, purchè presenti una domanda e la faccia registrare; ma se successivamente abbandona di fatto la terra occupata questa è ritenuta anche di diritto come nuovamente abbandonata. (1)

In tutti questi casi non si tratta di occupazione; sia la terra venduta dal governo, sia assegnata da questo ai coloni, sia attribuita dalla pubblica autorità a quel coltivatore che la abbia materialmente occupata e messa a coltura e che ne domandi il certificato, è sempre allo Stato che risale il titolo originario della proprietà e quello del colono non è se non derivativo. Più analoghi all'occupazione son quei diritti che si riconoscono agli *squatters* cioè ai pionieri che al di là della regione abitata e del controllo delle autorità, mettono a coltura le terre disabitate negli Stati della confederazione di formazione più recente e meno popolosi e nei Territori. Secondo il diritto del territorio di Washington, dell'Utah, del Wyoming e del Nuovo Messico chiunque ha chiusa (enclosed) con siepi una parte di terra pubblica, od acquistata questa terra chiusa dal primo costruttore della siepe, od erettovi un fabbricato, o prodottivi dei miglioramenti, è dichiarato legittimamente investito del diritto al possesso di quella terra e dei suoi miglioramenti, e deve essere ritenuto tale in ogni procedimento legale. Le leggi della Florida, dell'Idaho, del Montana, e dell'Arizona dispongono che chiunque produca miglioramenti sulle terre pubbliche nell'interno dello Stato debba godere in quanto continui ad usarne e ad occuparle del libero e non disturbato uso di tali miglioramenti; e le leggi della Florida, della Luisiana e del Nuovo Messico stabiliscono che se quelle terre sono comperate (entered) la persona che subentra deve pagare allo *squatter* i valori di quei miglioramenti prima di ottenerne il possesso. Il legname da co-

(1) Stimson, pag. 98-9, 146-7, 151-2.

struzione e gli altri prodotti esistenti sulle terre federali ridotte così nel possesso di un privato, devono essere ritenuti la proprietà di quest'ultimo contro chicchessia ad eccezione degli Stati Uniti secondo il diritto del Nuovo Messico e dell'Arizona; tali diritti però non possono estendersi a più di 160 acri nel Nevada, Washington, Idaho, Montana, e Wyoming, e nell'Arizona a più di 320 acri. I diritti di questi *squatters* sono ritenuti equivalenti ad un titolo di proprietà, ma devono essere registrati (recorded) ed il suolo messo a coltura non deve poi venir abbandonato. (1)

Anche tali diritti vennero recentemente limitati dalla legislazione federale. Fino dal 1884 la camera dei rappresentanti aveva riconosciuta la necessità di rivedere la legislazione relativa alle concessioni dei terreni. Si voleva soprattutto impedire che senza titolo nè autorizzazione e con violazione aperta dei diritti dello Stato gli *squatters* continuassero a chiudere con palizzate territori considerevoli che trovansi così sottratti non di diritto ma di fatto alla circolazione ed alla colonizzazione. Una legge del 25 febbraio 1885 (2) ebbe appunto per oggetto la proscrizione di tali abusi dichiarando illegali tutte le chiusure innalzate anteriormente o che potessero essere innalzate in avvenire intorno a parti di terre pubbliche che non siano state oggetto di un acquisto regolare. In seguito a ricorso di qualunque interessato, gli *attorneys* del distretto promuoveranno presso i tribunali competenti l'ordine di distruzione delle chiusure giudicate illegali; ogni atto di costruzione illegale di chiusure, ogni atto di violenza, di minaccia o di intimidazione tendente a rendere difficile lo stabilimento e la circolazione su terre pubbliche possedute senza titolo, potrà venir punito coll'ammenda massima di mille dollari e col carcere per la durata massima di un anno; il Presidente è autorizzato a far appello alle forze civili e militari per assicurare la distruzione delle chiusure illegali. Il territorio indiano è il paese della federazione dove tali provvedimenti erano maggiormente reclamati per salvaguardare coi diritti dell'Unione anche quelli degli indiani dei quali costituisce una riserva. (3)

(1) Stimson, pag. 151.

(2) An act to prevent unlawful occupancy of the public lands. *Annuaire de lég. étr.* 1886, pag. 590.

(3) Simonin, Les Indiens des États Unis, l. c.

Tutte le disposizioni di tale specie si riferiscono al regime della proprietà e più specialmente al regime economico di tutto quanto lo Stato; un diritto sorge, si sviluppa e si afferma in tanto in quanto la legge dello Stato e l'organismo della società lo comporti e lo sanzioni, ed esso non potrà mai sorgere efficacemente a profitto di chicchessia in un territorio se non nei limiti e nei modi consentiti dalla legge vigente nel territorio stesso.

639. — Nello stesso modo si deve ragionare della accessione. Secondo il diritto inglese le isole che si formano in mare appartengono alla corona, quelle che sorgono nei fiumi spettano ai ripuarî secondo la regola romana; (1) secondo il codice italiano (2) si distinguono le isole, isolette ed unioni di terra che si formano nei letti dei fiumi e torrenti navigabili od atti al trasporto, da quelle che si formano in corsi d'acqua non navigabili; le prime appartengono allo Stato se non v'è titolo o prescrizione in contrario; le altre appartengono ai proprietarî delle sponde. Se un fiume si forma un nuovo letto in territorio italiano, il letto abbandonato spetta ai proprietari confinanti alle due rive (3) che dividono fra loro il tratto di suolo abbandonato sino alla metà del letto medesimo secondo l'estensione di fronte del fondo rispettivo; se invece un fiume muta corso in territorio francese, (4) sono i proprietari dei fondi recentemente occupati dal corso d'acqua che si dividono a titolo d'indennizzazione l'antico letto abbandonato, ciascuno in proporzione del terreno che gli è stato tolto; ed in Inghilterra l'autorità del Blackstone milita per la soluzione francese contro la romana e la nostra. Nelle identiche circostanze di fatto la accessione si compirà o non si compirà dunque a profitto di un privato o si verificherà a profitto di un privato piuttostochè di un altro, secondo che decide la legge del luogo dove è situata la cosa di cui si tratta. Rispetto all'accessione poi la diversità delle leggi particolari si mantiene più che non rispetto all'occupazione, circa la quale le leggi dei diversi paesi si avviano ad una uniformità negativa. L'occupazione degli immobili da parte dei privati va infatti abbandonandosi, e l'indole stessa dei diritti riconosciuti agli *squatters* americani rende il loro titolo piuttosto analogo all'usucapione, istituto

(1) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 231.
(2) Articolo 457-8.
(3) C. C. Ital., art. 461.
(4) C. C. Franc., art. 563.

ben più generalmente riconosciuto e ben più necessario alla ordinata esistenza di popoli civili.

640. — È quello infatti un istituto che il suo carattere di necessità(1) fa trovare dovunque, nel diritto ateniese come in quello di Roma, nel diritto consuetudinario francese come nel codice Napoleone; che verso occidente s'estende fino alle terre giacenti al di là del Missisipì, e verso Oriente fino a quelle che giacciono oltre l'Indo; che esiste in paesi dove non s'udì mai il nome di Giustiniano e dove non è mai penetrata o penetrò soltanto nei tempi più recenti una traduzione delle Pandette. Ed è infatti evidente che tale principio sia essenziale alla istituzione della proprietà, che il rinnegarlo produrrebbe mali simili a quelli di una confisca generale, e che sarebbe intollerabile uno stato di cose nel quale il possessore di un fondo pervenutogli da dieci o dodici generazioni di antenati, potesse venir privato della sua proprietà perchè un vizio fosse stato scoperto in un atto giuridico compiuto alcuni secoli or sono. Ma pur ammettendo il principio in generale come necessario all'esistenza di ogni consociazione civile, le leggi dei vari Stati variano circa i limiti di tempo nei quali l'usucapione debba intendersi compiuta, e circa la variazione, ammessa o non ammessa, di tali limiti a seconda delle varie classi di proprietari contro le quali si tratta di usucapire.

Secondo il codice francese (2) sono riconosciute per gli immobili due prescrizioni; l'una per il decorso di dieci o di vent'anni, l'altra per il decorso di trent'anni. La prima è ammessa a favore di chi acquista in buona fede e con giusto titolo un immobile da chi non ne sia il proprietario e che ne prescrive la proprietà entro dieci anni se il vero proprietario abita nel circondario giurisdizionale di appello nei limiti del quale sia situato l'immobile; e col decorso di venti anni se il vero proprietario è domiciliato fuori di quel circondario; negli altri casi (3) la prescrizione richiede il decorso di trent'anni. La prima prescrizione è ridotta dal codice italiano (4) uniformemente a dieci anni, l'altra è mantenuta (5) a trent'anni. Nell'adozione di un altro principio importante entrambe le leggi vanno d'accordo regolando la prescrizione; quello cioè di non di-

(1) Macaulay, Speech on the dissenters' chapels bill. Speeches, vol. II, Tauchnitz Edit., vol. II, pag. 65-8.

(2) Art. 2265. — (3) Art. 2262. — (4) Art. 2137. — (5) Art. 2135.

stinguere fra le varie classi di proprietarî e di assoggettarvi non meno che ogni categoria di proprietarî privati, anche lo Stato rispetto ai beni che formano il suo patrimonio, ed i corpi morali. (1)

Una traccia di privilegio a favore di questi ultimi e dello Stato si riscontra nel codice austriaco che, dopo aver disposto potersi verificare la prescrizione e l'usucapione contro tutti i privati che sono capaci di esercitare da sè i propri diritti, (2) soggiunge (3) che contro il fisco, cioè contro gli amministratori dei beni e del patrimonio dello Stato e contro gli amministratori dei beni delle chiese, delle comunità e di altre corporazioni lecite, non basta il trascorrere del comune tempo ordinario stabilito per l'usucapione, ma occorre il possesso durato quarant'anni. Anche in Inghilterra la corona e la chiesa furono lungamente esentate dalla regola generale; ma per iniziativa di Sir Giorgio Savile fu adottato un atto del Parlamento che sottopose alla prescrizione i beni della corona, e per iniziativa di Lord Tenterden uno che vi sottopose quelli della chiesa. (4) Senonchè questi enti collettivi non sono posti ancora dal diritto inglese in condizioni identiche a quelle dei privati. Anzitutto fa duopo notare, circa la prescrizione acquisitiva in genere, che questa si presenta nel diritto inglese sotto due nomi; si dice *limitazione* l'estinguersi dell'azione che spetta al proprietario spossessato per rivendicare la cosa propria e che ha per conseguenza di trasformare il possessore in proprietario incontestato; e per prescrizione s'intende il mezzo di acquistare definitivamente e direttamente le servitù od altri diritti che si sono esercitati senza interruzione durante un tempo determinato. I diritti immobiliari della corona si prescrivono in settant'anni; per i privati il termine di limitazione è ridotto a dodici anni; (5) se si tratta di una nuda proprietà, i dodici anni cominciano a decorrere dalla cessazione dell'usufrutto; la legge accorda all'incapace sei anni a partire dalla cessazione dell'incapacità, ma trent'anni è il più lungo termine che possa essere concesso anche all'incapace.

(1) Cod. fr. art. 2227. Cod. ital. art. 2114.
(2) § 1454. — (3) § 1472. — (4) Macaulay, l. c.
(5) Real property limitation act del 1874 in vigore dal 1° Gennaio 1879. Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 239.

ben più generalmente riconosciuto e ben più necessario alla ordinata esistenza di popoli civili.

640. — È quello infatti un istituto che il suo carattere di necessità(1) fa trovare dovunque, nel diritto ateniese come in quello di Roma, nel diritto consuetudinario francese come nel codice Napoleone; che verso occidente s'estende fino alle terre giacenti al di là del Missisipi, e verso Oriente fino a quelle che giacciono oltre l'Indo; che esiste in paesi dove non s'udì mai il nome di Giustiniano e dove non è mai penetrata o penetrò soltanto nei tempi più recenti una traduzione delle Pandette. Ed è infatti evidente che tale principio sia essenziale alla istituzione della proprietà, che il rinnegarlo produrrebbe mali simili a quelli di una confisca generale, e che sarebbe intollerabile uno stato di cose nel quale il possessore di un fondo pervenutogli da dieci o dodici generazioni di antenati, potesse venir privato della sua proprietà perchè un vizio fosse stato scoperto in un atto giuridico compiuto alcuni secoli or sono. Ma pur ammettendo il principio in generale come necessario all'esistenza di ogni consociazione civile, le leggi dei vari Stati variano circa i limiti di tempo nei quali l'usucapione debba intendersi compiuta, e circa la variazione, ammessa o non ammessa, di tali limiti a seconda delle varie classi di proprietari contro le quali si tratta di usucapire.

Secondo il codice francese (2) sono riconosciute per gli immobili due prescrizioni; l'una per il decorso di dieci o di vent'anni, l'altra per il decorso di trent'anni. La prima è ammessa a favore di chi acquista in buona fede e con giusto titolo un immobile da chi non ne sia il proprietario e che ne prescrive la proprietà entro dieci anni se il vero proprietario abita nel circondario giurisdizionale di appello nei limiti del quale sia situato l'immobile; e col decorso di venti anni se il vero proprietario è domiciliato fuori di quel circondario; negli altri casi (3) la prescrizione richiede il decorso di trent'anni. La prima prescrizione è ridotta dal codice italiano (4) uniformemente a dieci anni, l'altra è mantenuta (5) a trent'anni. Nell'adozione di un altro principio importante entrambe le leggi vanno d'accordo regolando la prescrizione; quello cioè di non di-

(1) Macaulay, Speech on the dissenters' chapels bill. Speeches, vol. II. Tauchnitz Edit., vol. II, pag. 65-8.

(2) Art. 2265. — (3) Art. 2262. — (4) Art. 2137. — (5) Art. 2135.

stinguere fra le varie classi di proprietari e di assoggettarvi non meno che ogni categoria di proprietari privati, anche lo Stato rispetto ai beni che formano il suo patrimonio, ed i corpi morali. (1)

Una traccia di privilegio a favore di questi ultimi e dello Stato si riscontra nel codice austriaco che, dopo aver disposto potersi verificare la prescrizione e l'usucapione contro tutti i privati che sono capaci di esercitare da sè i propri diritti, (2) soggiunge (3) che contro il fisco, cioè contro gli amministratori dei beni e del patrimonio dello Stato e contro gli amministratori dei beni delle chiese, delle comunità e di altre corporazioni lecite, non basta il trascorrere del comune tempo ordinario stabilito per l'usucapione, ma occorre il possesso durato quarant'anni. Anche in Inghilterra la corona e la chiesa furono lungamente esentate dalla regola generale; ma per iniziativa di Sir Giorgio Savile fu adottato un atto del Parlamento che sottopose alla prescrizione i beni della corona, e per iniziativa di Lord Tenterden uno che vi sottopose quelli della chiesa. (4) Senonchè questi enti collettivi non sono posti ancora dal diritto inglese in condizioni identiche a quelle dei privati. Anzitutto fa duopo notare, circa la prescrizione acquisitiva in genere, che questa si presenta nel diritto inglese sotto due nomi; si dice *limitazione* l'estinguersi dell'azione che spetta al proprietario spossessato per rivendicare la cosa propria e che ha per conseguenza di trasformare il possessore in proprietario incontestato; e per prescrizione s'intende il mezzo di acquistare definitivamente e direttamente le servitù od altri diritti che si sono esercitati senza interruzione durante un tempo determinato. I diritti immobiliari della corona si prescrivono in settant'anni; per i privati il termine di limitazione è ridotto a dodici anni; (5) se si tratta di una nuda proprietà, i dodici anni cominciano a decorrere dalla cessazione dell'usufrutto; la legge accorda all'incapace sei anni a partire dalla cessazione dell'incapacità, ma trent'anni è il più lungo termine che possa essere concesso anche all'incapace.

(1) Cod. fr. art. 2227. Cod. ital. art. 2114.

(2) § 1454. — (3) § 1472. — (4) Macaulay, l. c.

(5) Real property limitation act del 1874 in vigore dal 1º Gennaio 1879. Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 239.

Negli Stati Uniti è ammessa la prescrizione sui beni patrimoniali dello Stato dopo vent'anni di possesso nella Georgia, nel Delaware e nella Carolina del Sud, dopo dieci anni di possesso ed un anno di pagamento di tassa nella Virginia, dopo trent'anni di possesso o ventun anni di possesso con titolo plausibile nella Carolina del Nord; nella Nuova Jersey sessant'anni di possesso non interrotto comunque incominciato producono un buon titolo ed un ostacolo assoluto contro le pretese di chicchessia; nel Nuovo Messico perchè la prescrizione cominci a decorrere è necessario che chi possiede un fondo senza titolo presenti un reclamo esponendo come acquistò il fondo e quali pretese vi accampi; una volta registrato tale reclamo, si ritiene che sia debitamente reso pubblico ed il termine incomincia a decorrere; nella Luisiana la prescrizione degli immobili si compie in dieci anni se con titolo ed in buona fede, ed altrimenti in trent'anni; nel Colorado chiunque si trovi in pacifico ed indisputato possesso di un fondo o di una terra vacante, con titolo od apparenza di titolo acquistato in buona fede, che continui per cinque anni nel possesso e paghi tutte le imposte, è ritenuto legittimo proprietario; nell'Oregon il possesso continuato per vent' anni genera la prescrizione di un titolo di proprietà; nella Pennsilvania e nel Tennessee è sufficiente il possesso a giusto titolo continuato per sette anni; nel Rhode Island vent'anni e nel Missisipì dieci anni di possesso senza titolo scritto fanno acquistare la prescrizione contro chicchessia. In Georgia e nel Colorado un titolo prescrittivo incompleto può essere trasferito da un possessore ad un altro così da costituire la prescrizione colla somma dei possessi successivi; ritenendosi sufficiente che non vi sia soluzione di continuità nel possesso anche se v'è mutamento nella persona. (1)

Dove è stabilito il registro fondiario, si acquista mediante il possesso continuato durante il tempo determinato dalla legge, non già la proprietà, ma il titolo per pretenderla; così secondo il codice di Zurigo (2) quando l'usucapione è compiuta, il possessore ha facoltà di domandare al tribunale di distretto il permesso di far fare l'iscrizione nel registro fondiario e di regolarizzare in tal guisa e fare ufficialmente constatare il proprio diritto di proprietà.

(1) Stimson, pag. 152, 3.
(2) Articolo 541.

Nell' impero russo sussiste a tale riguardo una distinzione fra le varie specie di beni; mentre di regola non possono essere oggetto di usucapione se non le cose passibili di proprietà privata, i beni dei maggioraschi sono imprescrittibili, ma quelli della corona non lo sono; il privilegio della imprescrittibilità è esteso nelle Provincie Baltiche ai beni appartenenti alle chiese ed agli istituti di beneficenza, ed oltre a questi, in Livonia ed in Estonia, anche ai beni dei Comuni. I beni che furono dichiarati inalienabili soltanto per disposizione dell' autorità o di un privato, non sono sottratti ad una usucapione eventuale se non nel caso che se ne sia fatta espressa menzione nei registri fondiari. (1) Rispetto agli altri elementi che si richiedono oltre al trascorrere del tempo perchè questo compia la prescrizione, le legislazioni vigenti nell' impero non vanno d'accordo; il codice generale non esige dal possessore nè giusto titolo, nè buona fede, e non fa veruna distinzione, circa il termine richiesto, fra l'usucapione che riunisca tali due caratteri e quella che ne difetti; il codice vigente in Polonia riproduce le distinzioni del codice Napoleone; e quello delle Provincie Baltiche non riconosce come suscettibile di trasformarsi in proprietà se non il possesso che abbia quel duplice carattere. Il termine è di dieci anni nei paesi retti dal codice russo; di dieci, venti e trent'anni come in Francia, nella Polonia; di dieci anni in Livonia, in Estonia e nel circolo di Pilten; ed in Curlandia quando il possessore e la persona contro la quale quest' ultimo prescrive abbiano entrambi domicilio nel paese occorrono sei anni, quando non l'abbiano dodici: e quando furono durante una parte di quel periodo di tempo presenti e durante una parte assenti, due anni di presenza vengono computati nei riguardi dell'usucapione come un anno passato nel paese. (2)

In Ispagna la buona fede si ritiene come essenziale nella prescrizione; il termine ordinario è di dieci anni fra presenti e di venti fra assenti; il termine straordinario è di trent' anni e si applica agli immobili il cui venditore sapeva di non aver titolo per alienarli, alle cose il cui acquisto fu originariamente vizioso nel qual caso la prescrizione copre il vizio nei riguardi dei terzi detentori ma non di chi acquistò la cosa con dolo o con violenza; ed ai

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 260.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 265, 6.

beni dei minori di 25 anni e maggiori di 14; inoltre i beni dei Comuni e delle Chiese si prescrivono in quarant'anni. (1) Secondo il codice portoghese (2) possono essere oggetto di prescrizione tutte le cose che sono in commercio e che non furono eccettuate dalla legge; e lo Stato, (3) i comuni ed ogni stabilimento pubblico o persona morale sono considerati come privati relativamente alla prescrizione dei beni e diritti suscettibili di dominio privato. Il possesso, per poter produrre l'effetto della prescrizione, deve appoggiarsi ad un titolo ed essere di buona fede, pacifico, continuo e pubblico. Quando il possesso sia stato provvisoriamente registrato, l'immobile si prescrive in cinque anni, e quando sia stato registrato il titolo d'acquisto in dieci anni, che devono computarsi in entrambi i casi dalla data del registro; (4) questo si concede nel secondo caso in base al titolo, e nel primo (5) in seguito ad una sentenza passata in giudicato con intervento del pubblico ministero e degli interessati incerti citati per mezzo di editto e dalla quale consti che il possessore ha il possesso pacifico, pubblico e continuo da cinque anni. Se il titolo od il possesso esistenti non furono registrati (6) gli immobili si prescrivono nel termine di quindici anni; e se il possesso ha esistito per il corso di trent'anni, ha luogo la prescrizione senza che possa da altri allegarsi la mala fede o la mancanza di titolo.

Anche nel diritto dano-norvegese si ritiene condizione della prescrizione la buona fede; ma il possessore non ha bisogno di presentare un titolo per poter prescrivere ed a chi rivendica incombe la prova che l'impossibilità della prescrizione risulta dall'obbligo di restituire nel quale si trova il possessore verso di lui. Il possessore prescrive, secondo il diritto danese, anche se sappia che il suo autore non era proprietario del fondo alienato, purchè la mala fede non sia tale da produrre a suo carico un obbligo personale di restituzione; ma la giurisprudenza norvegese ritiene la buona fede una condizione assolutamente indispensabile, e non ammette alla prescrizione se non chi non abbia conosciuto nè potuto conoscere il diritto del vero proprietario sulla cosa. Il termine

(1) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 218-233.
(2) Articoli 506 e 530.
(3) Art. 516. — (4) Art. 526.
(5) Art. 524. — (6) Art. 528.

della prescrizione è generalmente di vent'anni, ma per i beni comunali è di trenta. (1)

641. — È tanto evidente per la prescrizione quanto per l'occupazione, che le norme da cui sono regolate in uno Stato sono assolutamente territoriali, formando quelle una parte integrante del regime della proprietà ed un presidio dell'ordine stesso dello Stato. Dovunque si ammette che vi sia un limite oltre il quale lo Stato, tutore dell'ordine e della giustizia, non possa più proteggere le pretese del proprietario contro quelle del possessore; dovunque si ammette che la certezza dei diritti necessaria all'ordine di ogni paese esige che in determinate condizioni si debba riconoscere la trasformazione del fatto in diritto: ma siccome tale deroga a quella tutela dei diritti che, secondo il concetto ideale della giustizia, dovrebbe essere perpetua, non può avvenire se non per un motivo d'ordine superiore interessante l'esistenza stessa della società, così è certo che i limiti di tempo e di condizioni assegnati alla prescrizione, l'uniformità di questi limiti o la loro diversità secondo le varie categorie di proprietarî, le eccezioni stesse che può ritenersi di dover fare circa una determinata categoria di beni sottraendoli del tutto alla prescrizione, debbano dipendere unicamente dalla legge del luogo dove i beni sono situati. È un'altra norma questa che s'impone ai diritti di tutti i paesi, e rispetto alla quale sono unanimi nel riconoscimento della territorialità quei sistemi giuridici che tanto sovente discordano in un diverso ordine di rapporti circa il riconoscimento, e la determinazione e l'applicazione della legge personale straniera.

Lo stesso deve dirsi della espropriazione per causa di pubblica utilità. La società, dice il Laurent, (2) ha i propri diritti perchè ha i proprî doveri, cioè una missione che non le sarebbe possibile di compiere se non potesse imporre ai suoi membri certi obblighi e certe limitazioni. Nel caso di un proprietario straniero vi sono dunque due diritti in conflitto e l'uno deve modificare l'altro; se una legge straniera avesse circa l'espropriazione norme più restrittive di quella del paese dove l'immobile si trova, se, invece di ammettere come le nostre leggi, la espropriazione per

(1) Nordisk Retrencyclopœdi, Tingsret, pag. 125 e segg., ap. Beauchet, *Bulletin de la Jurispr. Danoise; Journal de. Dr. Int. Pr.*, 1885, pag. 202-4.

(2) Op. c., vol. VII, pag. 335, 36.

pubblica utilità non la ammettesse che come le costituzioni francesi del 1791, del 1793 e dell'anno terzo che per pubblica necessità, è evidente che il proprietario straniero appartenente al paese dove vigesse quest'ultima legge, non potrebbe invocarla in favore della proprietà situata dove è in vigore la prima. « La negative est certaine. Les mots même *d'utilité publique* prouvent qu'il s'agit d'un droit et d'un intéret de la societé; il en résulte que le statut est réel; or le statut personnel de l'étranger cède devant le statut territorial quand celui-ci est d'intéret général ». (1)

642. — Ed un altro ordine di norme si manifesta universalmente connesso coll'interesse generale; quelle cioè regolanti gli atti che devono compiersi dopo l'atto di trasmissione della proprietà fondiaria, perchè questa sia valida non solo fra le parti, ma anche rispetto ai terzi. Anche l'esistenza o la non esistenza di tali norme in un sistema di diritto è connessa coll'organismo stesso della proprietà e colla certezza dei diritti che si svolgono nel territorio, e perciò ne deriva necessariamente l'obbligo per tutti di uniformarvisi nel territorio soggetto alla sovranità che le abbia sancite, e la facoltà per i sudditi di questo di non tenerne conto nei paesi dove esse non sieno obbligatorie.

Nell'atto di trasmissione della proprietà devesi considerare anzitutto la capacità delle parti, poi la validità intrinseca e la forma delle convenzioni; rispetto all'una ed all'altra variano i criterî di diritto internazionale privato accolti nelle leggi dei varî Stati e possono da tale disformità sorgere frequenti conflitti; ma prescindendo dalla capacità delle parti, e dalla validità dei loro patti, v'è un altro elemento susseguente a questi rispetto alla determinazione del quale tutte le leggi considerano il diritto del territorio come assolutamente imperativo: ed è il complesso degli atti riputati da quest'ultimo come necessari, perchè l'atto giuridico che trasmette la proprietà, pur considerato in se stesso come perfetto, possa essere, non solo nei riguardi delle parti, ma anche in quelli dei terzi, completamente imperativo. Rispetto a queste misure che sono imposte collo scopo di rendere la trasmissione pubblica e certa in ordine di tempo, di determinare le facoltà degli individui e di evitare i litigi, può dirsi che il diritto prevalente ai nostri giorni negli Stati civili sia fino ad un certo punto tornato all'antico.

(1) Laurent, l. c., pag. 338.

Il diritto romano esigeva, per la traslazione dei diritti sulle cose stimate le più importanti, la mancipazione e la *in jure cessio*, che, mediante la pubblicità, rendevano certa e nota la trasmissione del diritto sopra una cosa determinata. In uno stadio di civiltà anteriore a questi istituti del diritto romano, si trova l'assemblea del villaggio davanti alla quale ogni trasferimento di proprietà doveva farsi, e della quale il Maine (1) ravvisa un avanzo nei cinque testimoni della mancipazione romana. La creazione dei registri pubblici fondiari nei quali debba essere iscritta la trasmissione della proprietà e dei diritti reali, è ispirata, in una forma e con intenti consentanei alla nostra coltura ed al nostro grado di civiltà, da quegli stessi principì che facevano compiere le vendite al cospetto dell'assemblea in quelle antiche comunità di villaggio. E appunto nei riguardi dei terzi, cioè della generalità degli uomini ad eccezione delle parti, che quei registri sono istituiti e che è imposta la trascrizione in quelli dei diritti acquistati sulle cose immobili.

Il nostro codice (2) dispone che debbano essere resi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti tra vivi, sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso, che trasferiscono proprietà di immobili o di altri beni o diritti capaci di ipoteca, ad eccezione delle rendite sopra lo Stato; gli atti fra vivi, di rinuncia ai diritti suenunciati, le sentenze ordinanti vendita all'incanto di proprietà d'immobili o di altri beni capaci di ipoteca; i contratti di locazione d'immobili eccedenti i nove anni, i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili quando la durata della società ecceda i nove anni o sia indeterminata; gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni, e le sentenze che dichiarino l'esistenza di una convenzione verbale della specie di quelle suindicate. Gli atti risultanti da una scrittura privata non possono essere trascritti se le sottoscrizioni dei contraenti non sono state autenticate da notaio od accertate giudizialmente; le sentenze e gli atti seguiti in paese estero devono essere debitamente legalizzate. (3) Tali disposizioni della legge italiana non diminuiscono dunque nè l'autonomia delle parti all'interno del terri-

(1) L'ancient droit et la coutume primitive, cap. X.

(2) Art. 1932. — (3) Art. 1935 e art. 57 della legge consolare.

torio, nè l'autorità della legge straniera per quanto riguarda le convenzioni stipulate all'estero; la legge si limita ad imporre alle une ed alle altre la trascrizione come condizione perchè sia assicurata la validità del patto nei riguardi dei terzi, e l'autenticazione degli atti privati passati all'interno e la legalizzazione di tutti gli atti provenienti dall'estero, come condizione indispensabile perchè l'ufficiale che deve trascrivere abbia la certezza di avere davanti a sè una convenzione. In questi limiti e per questi intenti si ritiene tanto necessaria la trascrizione, che la sua mancanza può essere opposta anche ai minori, agli interdetti ed a qualsivoglia altro incapace, salvo agli stessi il regresso contro i tutori, amministratori e curatori aventi l'obbligo di procedervi; è vietato di opporre la sua mancanza, soltanto a quelli che aveano obbligo di fare la trascrizione ed ai loro eredi. (1) Nei riguardi del pubblico erario la trascrizione è poi sottoposta alla condizione del precedente pagamento della tassa di registro ogniqualvolta non si tratti di atto pubblico ricevuto nel regno o di sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del nostro territorio. Per le scritture private e per gli atti pubblici o sentenze provenienti da paese estero si esige che il pagamento preceda la trascrizione appunto perchè mancano le garanzie che si hanno nell'altro caso di poterlo ottenere dopo senza difficoltà e senza dispendi. (2)

643. — Il diritto moderno francese aveva adottato per la prima volta l'istituto della trascrizione colla legge dell'11 brumaio anno VII; poi lo abbandonò nel codice Napoleone (3) disponendo che la vendita è perfetta fra le parti e la proprietà trasferita di diritto all'acquirente nei riguardi del venditore, quando siano convenuti sulla cosa e sul prezzo, quantunque la cosa non sia stata ancora consegnata nè il prezzo pagato, senza aggiungere (4) l'obbligo della trascrizione se non trattando del modo di rendere libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche. A Ginevra la necessità della trascrizione per tutti gli atti tra vivi, a titolo gratuito od oneroso, traslativo o dichiarativo di diritti reali immobiliari, fu riconosciuta da una legge del 28 Giugno 1830; in

(1) Articolo 1944.

(2) V. *Archivio Giuridico*, XXXIII, pag. 3-56; MIRABELLI, *Dei principii fondamentali dell'istituto della trascrizione nel C. C. Ital. e delle conseguenze che ne derivano.*

(3) Art. 1138 e 1583. — (4) Art. 2181.

Belgio dalla legge ipotecaria del 16 Dicembre 1851 ed in Francia dalla legge del 23 Marzo 1855; in Austria l'inserzione nei libri pubblici, detta iscrizione o intavolazione, è ritenuta necessaria al trasferimento della proprietà delle cose immobili, e lo stesso principio può dirsi generalmente accolto dalle leggi degli Stati vicini. (1) Quantunque ne siano diversi i modi di esecuzione, la stessa regola è ora in vigore anche nelle varie parti dell'impero russo. Secondo il codice (2) l'acquirente, per farsi immettere in possesso della cosa della quale è divenuto proprietario, deve presentare l'atto traslativo della proprietà al tribunale competente od al notaio capo, che, trovatolo regolare, ordina l'immissione in possesso dell'acquirente e la pubblicazione dell'atto per mezzo di affissi. L'immissione in possesso si fa col ministero dell'usciere del tribunale, in presenza di testimoni scelti fra i proprietari vicini, cui egli dà lettura degli atti di vendita e di omologazione, compilando un processo verbale della investitura che è firmato dai testimoni. Sull'atto di vendita si fa menzione di questa formalità, ed il processo verbale è consegnato al notaio che lo iscrive sul proprio registro e lo comunica alla tipografia del Senato perchè sia pubblicato. La data della investitura è considerata come quella della trasmissione dei diritti a profitto dell'acquirente.

Secondo la legge polacca sui privilegi e le ipoteche del 6 Aprile 1818, ogni atto fra vivi avente per iscopo di trasferire, restringere, gravare o liberare la proprietà di immobili, deve essere redatto alla cancelleria ipotecaria del distretto nel quale gli immobili sono situati, o, se fu redatto altrove, esservi depositato sotto pena di negata iscrizione nei registri fondiarî. Nessun diritto reale immobiliare può essere acquistato senza l'iscrizione del titolo sui registri fondiarî; finchè questa non sia compiuta, i titoli traslativi di proprietà e costitutivi di altri diritti reali non conferiscono al titolare se non un diritto personale, una azione per danni e interessi contro il venditore od il costituente. (3) Nelle Provincie Baltiche perchè il contratto di traslazione della proprietà si ritenga perfetto fra le parti si ritiene necessaria la tra-

(1) C. Sass., art. 276; Grundbuch Ordnung Prussiana, del 5 Maggio 1872, art. 5 e 6; V. *Ann. de Lég. Étr.*, 1873; Cod. Zurigh., art. 532, C. Grigioni, art. 186.

(2) Articolo 925, 987, 1417. — (3) Art. 11.

dizione della cosa che per gli immobili si compie sia coll' istallazione dell' acquirente sul fondo, sia colla consegna delle chiavi e dei titoli di proprietà. Anche nelle Provincie Baltiche però la convenzione, quantunque perfetta mercè la tradizione fra le parti, non è definitivamente operativa se non a partire dalla iscrizione del titolo fatta dalla autorità competente sui pubblici registri. È considerato come proprietario dell' immobile chi è iscritto in tale qualità su quei registri; e finchè l' iscrizione non abbia avuto luogo, l' acquirente non ha in confronto dei terzi veruna specie di diritto; non può esercitare veruna delle attribuzioni della proprietà, nè contestare la validità di alcuno degli atti giuridici fatti rispetto all' immobile da chi trovasi ancora iscritto come proprietario. (1)

In Ispagna la pubblicità degli atti interessanti la proprietà fondiaria fu sancita dalla legge ipotecaria dell' 8 Febbraio 1861; però, a differenza del sistema prevalente in Germania, l' iscrizione è necessaria perchè siano opponibili ai terzi, ma non perchè siano efficaci fra le parti. Per obbligare l' ufficiale preposto a quei registri a trascrivervi un atto traslativo o modificativo della proprietà, è necessario che l' atto presentato abbia tutti i caratteri della autenticità; la legge infatti esige un atto pubblico, una sentenza esecutoria, o qualsiasi altro documento autentico emanante dall' autorità giudiziaria o dal governo e dai suoi ufficiali nella forma prescritta dai regolamenti.

Però i titoli ed i documenti redatti in paese straniero possono dar luogo ad una iscrizione non meno di quelli fatti in Ispagna, alla condizione che l' efficacia ne sia riconosciuta nel paese conformemente alle norme legislative e convenzionali circa l' esecuzione delle sentenze e degli atti. (2)

Il codice portoghese (3) dispone pure che tutte le trasmissioni di beni o diritti immobiliari siano soggette alla registrazione, dopo aver precedentemente stabilito nella sezione dei privilegi e delle ipoteche (4) che sono soggette al registro le trasmissioni di proprietà immobiliare, a titolo oneroso o gratuito.

Il diritto norvegese stabilisce pure certe forme successive al contratto che hanno in parte lo scopo, come nel diritto baltico,

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 252-8.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 306, 7, 317.
(3) Articolo 1722. — (4) Articolo 949, n.° 4.

di rendere perfetta la convenzione fra i contraenti, ed in parte quello di renderla operativa nei riguardi dei terzi. Una volta redatto lo *skjode* (titolo dell'acquirente) e consegnato all'acquirente, deve procedersi al *thingloesning* (lettura giudiziaria) al tribunale di prima istanza nel distretto del quale è situato l'immobile. La lettura dello *skjode* è fatta dal giudice; poi si fa menzione dell'adempimento del *thingloesning* in un processo verbale iscritto su registri speciali. In tali registri ogni immobile ha nel catasto una matricola distinta ed un foglio speciale sul quale è menzionato il *thingloesning*. L'effetto di quest' ultimo, rispetto ai terzi, è di permettere all'acquirente di respingere le pretese di chicchessia, alla proprietà o ad un diritto reale sull'immobile, fondate su titoli posteriori od anche anteriori, ma non sottomessi al *thingloesning*. (1) Queste regole furono applicate recentemente dall'Alta Corte (2) in occasione della opposizione ad un sequestro che era stato posto ad un immobile. Il convenuto aveva sull'immobile un titolo di proprietà che era stato sottoposto al *thingloesning*. Un terzo, di nome Stiansen, contestò la validità del sequestro pretendendo di dover essere riconosciuto come proprietario dell'immobile in virtù d'un contratto di vendita seguito dal possesso durato per tre anni, ma l'Alta Corte ammise la validità del sequestro perchè la trasmissione degli immobili non essendo perfetta se non mediante il *thingloesning* del titolo di proprietà, fino a quando non si sia proceduto a questa formalità, l'acquirente deve assoggettarsi a correre il pericolo che l'immobile venga considerato giuridicamente nei riguardi dei terzi come facente ancora parte del patrimonio di chi ha sull'immobile un titolo sottoposto alla lettura giudiziaria (thinglaest).

Tanto generalmente si manifesta sempre più la necessità di sottoporre alla condizione della pubblicità le trasmissioni e le modificazioni delle proprietà, che sempre maggiore è il numero delle leggi che impongono per la perfezione di quelle la trascrizione od altre analoghe forme. Il codice civile di Monaco accolse norme di questo genere; (3) il mezzo cantone svizzero di Nidwalden

(1) Nordisk Retsencyclopoedi. Tingsret, pag. 93 e segg. ap. Beauchet l. c., pag. 239.

(2) Alta Corte, 13 Ottobre 1883, Gauslaa c. Stiansen *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 239.

(3) Art. 1898-1916, *Journal de Dr. Int. Privé*. 1887, pag. 729, 730.

istituì con una legge del 17 Aprile 1884 i registri fondiarî e subordinò la perfetta efficacia degli atti alla iscrizione; (1) ed in questo senso la Germania modificò il diritto francese vigente nelle provincie renane e completò il diritto vigente nel Ducato di Brunswick. (2)

644. — In Inghiltera però questo bisogno non fu ancora generalmente riconosciuto dalla legge. Le forme del contratto di vendita sono regolate dalla legge del 22 Agosto 1881 (3) in vigore dal 1° Gennaio 1882; inoltre gli atti di concessione (*deeds of grant*) devono essere timbrati; ma la mancanza di tale formalità non importa più la perdita del valore probante dell'atto stesso, ma espone soltanto i contravventori a certe pene pecuniarie. Comunque sia però di queste forme inerenti alla convenzione stessa, e dei conflitti che possono sorgere dal ritenerle obbligatorie per tutti gli atti, dovunque fatti, e relativi a proprietà situate in Inghilterra; è certo che rispetto a quelle forme analoghe alla trascrizione e destinate a far sì che successivamente la convenzione, considerata in sè come perfetta, diventi efficace anche nei riguardi di terzi, il diritto inglese non è in armonia con quello del continente, nè un uniforme sistema puossi enunciare come vigente nella stessa Inghilterra.

Quando si tratta di un *copyhold* la cui alienazione si compie sotto la forma di una retrocessione della terra al signore e di ammissione da parte di questo del nuovo possessore in luogo dell'antico, il trasferimento non è perfetto se non ne avvenga per tal guisa la iscrizione nei registri della corte del maniero quando si tratta di trasmissione di proprietà libera ed il fondo è situato nella contea di Middlessex, in quella di York, o nella città e nella contea di Kingston upon Hull dove furono istituiti i registri fondiari, un riassunto dell' atto traslativo della proprietà deve essere iscritto sul registro fondiario locale; ed in mancanza di tale iscrizione gli atti di vendita saranno nulli nei riguardi d' un compratore susseguente; se trattasi di atti concernenti fondi compresi nel

(1) *Annuaire de Lég. Étr.*, 1885, pag. 455-7 e 586, 7.

(2) Gesetz über die Veraüsserung und hypotekarische Belastung von Grundstücken in Geltungsbereich des Rheinischen Rechts. art. 1. 2. 3, *Annuaire de Lég. Étr.*, 1886, pag. 129-133; e un cenno sulle leggi del 25 Giugno 1878 e 18 Maggio 1885, nell'*Ann. de Lég. Étr.*, 1886, pag. 163.

(3) Conveyancing and law of property Act. St., 44 Vict. c. 41.

« Bedford level, » ne è ordinata bensì la iscrizione nell'ufficio censuario di Bedford (Bedford level office), ma la priorità della iscrizione non conferisce alcuna superiorità di diritto; se infine trattasi di beni situati in altre parti del territorio, nessuna formalità analoga nella trascrizione è imposta agli interessati; la proprietà risulta provata nell'acquirente dal possesso dei titoli che, subito dopo la vendita, gli devono essere rimessi dal venditore. Se il compratore trascurasse di farseli consegnare nulla impedirebbe all'antico proprietario di vendere o di impegnare il fondo ad altri; entrato invece in possesso dei titoli, egli è pressochè sicuro che non esistono sull'immobile diritti altrui a lui celati, perchè un creditore assicurato sul fondo ha generalmente cura di farsi rimettere quei titoli in garanzia; però lo stesso possesso di quelli non gli dà una piena garanzia che gli immobili non siano gravati da rendite fondiarie o che il venditore non abbia, per contratto di matrimonio, ridotto il proprio diritto ai limiti della sola durata della propria esistenza. Sicchè nella massima parte dell'Inghilterra la proprietà fondiaria non è ancora presidiata da una sicurezza equivalente a quello che la protegge nei paesi dove esiste l'istituto della trascrizione. È vero che il Land Transfer Act del 1875 ammise in generale la possibilità della iscrizione, ma le sue norme non sono che facoltative, ed anche avvenuta la registrazione, chiunque abbia un titolo sufficiente può costituire diritti sullo stesso fondo come se non si fosse proceduto all'iscrizione da parte del proprietario. (1)

645. — Negli Stati Uniti la registrazione è più generalmente imposta ed ha ben maggiori effetti. Le leggi di tutti gli Stati accolgono il principio che un atto relativo alla proprietà immobiliare, per essere perfettamente valido, debba essere iscritto (recorded) nell'apposito registro degli atti di trasmissione (registry of deeds) ed in generale un atto che sia stato debitamente registrato può essere ritenuto elemento probante senza bisogno di prove ulteriori. Così secondo le leggi del Michigan, del Minnesota, del Tennessee, dell'Arkansas, del Dakota, del Wyoming, della Carolina del Sud, della Georgia, dell'Alabama, del Mississipì, e del Nuovo Messico. Nel

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 266. 7, e Lorimer, *Handbook*, pag. 267. Circa la tendenza attuale inglese ad introdurre un sistema di registrazione generale ed obbligatorio; V. C. Fortescue Brickdale. Registration of Title to Land. London, Stanford, 1886.

Maine, Nuova York, Nuova Jersey, Pennsilvania, Michigan, Minnesota, Delaware, Virginia, West Virginia, Carolina del Nord, Arkansas, Oregon, Washington, Idaho, Luisiana ed Arizona, il registro od una copia estrattane hanno la stessa forza probante dell'atto originale. In alcuni Stati, cioè Vermont, Illinois, Iowa, Kansas, Nebraska, Missuri, Arkansas, California, Nevada, Dakota, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Georgia, Alabama, Nuovo Messico ed Arizona, ciò avviene soltanto quando l'istrumento sia perduto o sia impossibile alla parte di presentarlo. Ma in Nuova York, Indiana, Michigan, Iowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Kentucky, Tennessee, Missuri, Arkansas, Oregon, Nevada, Colorado, Washington, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Nuovo Messico ed Arizona, il registro o la trasmissione registrata, od una copia di questa costituiscono non già una prova, ma una presunzione. L'atto debitamente registrato s'intende noto a tutti in Nuova Jersey, Pennsilvania, Ohio, Michigan, Minnesota, Kansas, Tennessee, Missuri, Arkansas, Texas, California, Nevada, Washington, Dakota, Idaho, Montana, Utah, Arizona; agli acquirenti successivi in Kansas, Missuri, California, Nevada, Idaho, Montana, Utah, Nuovo Messico, Arizona; agli acquirenti successivi ed ai creditori ipotecari nell'Illinois, Missuri, California, Nevada, Idaho, Montana, Wyoming, Utah, Mississipi, Nuovo Messico ed Arizona; ed ai creditori nell'Illinois. Un atto non registrato è nullo: 1.° nei riguardi degli acquirenti o creditori ipotecari senza notizia per il valore dei loro atti che abbiano la precedenza nella registrazione; 2.° verso tutti i creditori dell'alienante nell'Illinois, nel Minnesota, nel Nebraska, Delaware, Virginia, West Virginia, Carolina del Nord, Kentucky, Tennessee, Arkansas, Texas, Mississipi, Florida e Luisiana; 3.° verso i creditori susseguenti giudiziariamente riconosciuti; 4.° verso gli stessi acquirenti successivi che non siansi assicurata la precedenza nella registrazione nell'Ohio, Indiana, Arkansas, Florida e Luisiana; 5.° nei riguardi delle stesse parti nel Maryland e se trattasi di un atto di donazione (gift) non registrato entro due anni, nella Carolina del Sud.

Nella massima parte degli Stati però la validità dell'atto fra le parti non risulta alterata dalla mancanza della registrazione e nello stesso Maryland l'atto non registrato è valido, quando alla registrazione si proceda posteriormente, contro chiunque (ad eccezione di coloro che posseggono un atto antecedentemente registrato

e che abbiano acquistato in buona fede) se l'acquirente ne abbia preso possesso in virtù dell'atto non registrato, ed a cominciare dal tempo in cui ebbe inizio tale possesso; ma nei riguardi di tutti coloro che divennero creditori prima della registrazione, senza conoscenza di quell'atto, questo produce soltanto l'effetto di un contratto per la trasmissione di un fondo.

In tutti gli Stati dell'Unione esiste un ufficio di registro delle terre (land record office) in ogni contea; e nel Rhode Island, nel Connecticut e nel Vermont anche in ogni città; nella Luisiana in ogni parrocchia; ed un ufficio particolare agisce nel distretto federale di Columbia. L'ufficio è tenuto in molti Stati da un impiegato speciale detto il registratore degli atti o della contea: altrove dal secretario della contea (county clerk); e la registrazione deve essere fatta nella contea dove è situato l'immobile. Al registro deve procedersi immediatamente dopo la stipulazione secondo le leggi del Maryland, del Texas e della Luisiana; ma in alcuni Stati l'atto vale come atto registrato dal tempo della sua stipulazione se vien registrato entro un dato termine che è di un anno nel Delaware, Vermont e Georgia, di sei mesi nella Pennsylvania (ad eccezione di Filadelfia) Ohio e Florida; di settanta giorni nella Virginia e nel Kentucky; di quarantacinque giorni nell'Indiana, quaranta nella Carolina del Sud; quindici nella Nuova Jersey; e cinque nell'Oregon. (1) Nella Pennsylvania un atto stipulato fuori dello Stato è pur ritenuto valido dal tempo della sua esecuzione se registrato nello Stato nel termine di dodici mesi da questa; e nel Kentucky se fu registrato nel termine di quattro mesi quando sia stato stipulato in un altro Stato dell'Unione ed in quello di dodici mesi se in un altro Stato non appartenente all'Unione.

Tali regole che riguardano la pienezza di effetti della convenzione stessa nei rapporti fra le parti possono dar luogo a conflitti quando, essendo diverso il paese dei contraenti o quello in cui ha luogo la convenzione da quello in cui trovasi la cosa, e ritenendosi nel primo perfetta la convenzione per effetto del solo scambio del consenso, non si vada d'accordo nella scelta della *lex loci contractus* o di quella *rei sitae* come regolatrice del rapporto giuridico. Ma da questa possibilità di conflitti dobbiamo ora prescindere per trattarne alcun poco parlando delle obbligazioni; ora dobbiamo in-

(1) Stimson, l. c., pag. 215-226.

vece considerare nei rapporti relativi alle cose l'elemento estrinseco e successivo alla convenzione od all'atto relativo alle cose immobili, quello destinato a renderle completamente operative nei riguardi dei terzi. Rispetto a questo elemento di perfezione non sorgono conflitti perchè esso esista nelle leggi di un paese mentre manchi in quelle di un altro; poichè trattasi d'un caso di quella tutela di un interesse sociale che tutti gli Stati riconoscono come essenzialmente territoriale.

Anche tali norme dunque appartengono alla parte del diritto internazionale che è immune da conflitti; legge imperativa per tutti è rispetto ad esse quella dello Stato dove l'immobile si trova; nessuno Stato che non conosca la trascrizione o le iscrizioni ad essa analoghe, potrebbe pretendere di sottrarvi i propri sudditi che comperano o comunque acquistano immobili situati in un paese dove quelle sono necessarie; e nessuno Stato che le ritenga tali potrebbe pretendere come necessaria l'iscrizione degli acquisti fatti dai suoi sudditi in altro Stato dove vige un diritto diverso.

646. — Gli stessi principi sono universalmente riconosciuti per quanto riguarda le modificazioni della proprietà sia che derivino dalla legge sia che derivino dal fatto dell'uomo. Può sorgere, rispetto a queste ultime, conflitto circa la legge che deve regolare la capacità di chi le costituisce e la validità della convenzione usata per costituirle, ma, prescindendo per ora da tali cause di conflitto ed anzi supponendo che non se ne presentino, da nessuno Stato d'altronde si nega che l'ammissione in genere di una data modificazione della proprietà, la somma dei diritti e degli obblighi che ne derivano quando sia ammessa, e le formalità successive alla costituzione che si possono ritenere o no necessarie perchè questa sia completamente efficace, dipendono totalmente dalla legge del luogo dove la cosa è situata. Così quantunque le servitù prediali presuppongano un fondo dominante ed un fondo servente, il codice di Zurigo (1) ammette nel tempo stesso per eccezione ch'esse possano venir stabilite a beneficio di una associazione (per esempio una società di tiro a segno) od anche di un individuo. Il Bluntschli cita come esempio di servitù a profitto di persone non proprietarie, il diritto di passaggio riconosciuto non solamente al mugnajo proprietario del fondo dominante ed alla sua famiglia, ma anche a

(1) Articolo 687, 8.

chiunque porta grano al suo mulino. (1) Nel diritto nostro la disposizione colla quale è lasciato un usufrutto (2) a più persone successivamente non ha effetto se non per i primi chiamati a goderne. Tutte queste disposizioni riguardano l'ammissione o la non ammissione di una modificazione del diritto di proprietà; quando la legge ne riconosce in generale l'esistenza, tutti possono approfittarne circa i beni situati nel territorio dove quella legge è in vigore, ma nessuno può approfittarne quando la legge la ignora.

Così è delle conseguenze più o meno larghe che derivano da una data modificazione del diritto di proprietà pur riconosciuto genericamente in più paesi. Secondo il nostro diritto (3) le locazioni fatte dall'usufruttuario per un tempo eccedente i cinque anni non sono durevoli nel caso di cessazione dell' usufrutto se non per il quinquennio che sia in corso al momento della cessazione dell'usufrutto, computando il primo quinquennio dal giorno in cui ebbe principio la locazione e gli altri successivi dal giorno della scadenza dal precedente quinquennio. Dal codice francese (4) risulta come limite massimo quello di nove anni.

Nel diritto inglese il tenimento vitalizio (estate for life) è l' istituto corrispondente all'usufrutto del diritto nostro: corrispondente però, ma non identico nel proprio concetto giuridico e diverso nelle conseguenze. Chi ne è investito acquista a titolo temporaneo la piena proprietà della cosa, salvo l' obbligo di non deteriorarla, ma tale diritto cessa completamente colla sua vita. Se egli ha dato in locazione il fondo e viene a morte prima che la locazione sia spirata, il locatario ha diritto di restare in possesso dell'immobile soltanto fino al termine dell' anno in corso, e la sua corresponsione si ripartisce proporzionalmente fra gli eredi dell'usufruttuario e coloro cui perviene la proprietà dell' immobile in seguito alla morte di lui. (5) Una legge del 1856 concepita nel senso di facilitare la locazione o la vendita dei beni gravati da sostituzione, ha permesso all'usufruttuario di consentire validamente, mediante una semplice autorizzazione della corte di cancelleria e purchè la facoltà non gli fosse stata formalmente tolta per atto fra vivi o per testamento, ogni locazione non eccedente ven-

(1) Lehr, *Dr. Germanique*, pag. 120, 1. — (2) Articolo 901.

(3) C. C., art. 493. — (4) Art. 595, 1429.

(5) Apportionement of rent Act. Stat. 4 e 5 William IV c. 22, 11 George II c. 19 § 15 e 14 e 15 Vict. c. 25 § 1 ap. Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 186.

tun'anni. Il « Settled Estates Act » del 1877 ha confermato tale facoltà a condizione che il contratto sia redatto in iscritto, non riguardi la casa d'abitazione principale e le sue dipendenze immediate, stipuli un canone ragionevole, non autorizzi il locatario a commettere guasti alla proprietà, ed enunci la condizione che la locazione potrà essere risoluta, secondo la volontà di chi raccoglierà l'immobile dopo l'usufruttuario, se il locatario non paga la locazione nel termine di ventotto giorni a partire dalla scadenza o viola qualunque altra clausola del contratto. Date queste condizioni ogni contratto d'affittanza stipulato da un proprietario a vita dopo il 1 Novembre 1856 per un termine non eccedente i ventun'anni in Inghilterra ed i trentacinque in Irlanda, è opponibile a coloro cui il fondo ritorna dopo di lui. La corte di cancelleria può inoltre autorizzare locazioni di quarant'anni per le miniere ed anche locazioni più lunghe per altri beni immobili che non siano terre arabili, se crede che il contratto si presenti come vantaggioso per la cosa. (1)

Non solo la possibilità di esistenza di una servitù prediale o personale è decisa esclusivamente dalla legge del territorio, ma, data la esistenza di quella, nel definire la somma di diritti e di obbligazioni che, in mancanza di stipulazioni delle parti, ne derivano, e nel determinare i confini entro ai quali è ammesso che le parti allarghino o limitino quelle conseguenze, è senza nessuna influenza la legge del paese cui le parti appartengono, ed è imperativo il solo diritto del territorio dove l'immobile è situato. Se poi la costituzione di una servitù debba ritenersi perfetta con o senza bisogno della trascrizione, decide egualmente la legge della situazione della cosa; le stesse ragioni che fanno ritenere universalmente territoriali le norme relative alla trasmissione della proprietà, valgono per quanto si riferisce alle sue modificazioni. In questo senso deve intendersi la disposizione introdotta dalla commissione belga nel progetto di titolo preliminare del codice civile: (2) « i beni sono soggetti alla legge del luogo della loro situazione, in quanto si riferisce ai diritti reali di cui possono essere oggetto »; ed in questo senso la commentava il Van Berchem relatore della sezione ai cui studii era stato affidato il titolo preliminare, dicendo: « Au statut réel, à la loi de la situation sont soumis d'après l'article 5

(1) L. c., pag. 188. — (2) Art. 5.

dont il s'agit actuellement, les droits qui affectent les biens considerés objectivement, en eux mêmes, abstraction faite de la personne qui en est proprietaire, qui les transmet ou les acquiert, de son état, de sa capacité, des biens qui l'unissent à une autre personne determinée, soit à raison des rélations de famille, soit à raison d'une manifestation de volonté unilaterale ou contractuelle; ce sont les droit réels proprement dits, possession, proprieté, usufruit, servitudes, privilèges et hypothèques, les conditions de l'établissement de ces droits, specialement par l'usucapion et de leur extinction, specialement par la prescription ». (1)

647. — In tali limiti, la proprietà ed i diritti sulle cose sono per se stessi tanto intimamente territoriali e tanto generalmente riconosciuti come tali, che anche laddove si attribuisce in genere, nei rapporti di diritto internazionale privato, un più largo campo d'azione al diritto personale, la prevalenza delle leggi territoriali è riconosciuta sotto quel punto di vista. E ciò si ammette anche in confronto della proprietà e dei diritti reali spettanti ai propri sudditi e situati in quegli stessi paesi nei quali il regime delle capitolazioni riconosce pur agli europei privilegi speciali. Così giudicò la corte di appello di Genova il 27 Aprile 1883 a proposito d'un litigio fra due italiani relativo ad una servitù prediale su immobili situati in Tunisia.

L'articolo 19 della convenzione italo-tunisina del 1868 dispone che in quanto concerne i beni immobili situati nella Reggenza, i sudditi italiani resteranno sottoposti alle leggi ed alle imposte della giurisdizione locale salve le eccezioni create dagli articoli seguenti. Questi stabiliscono che ogni questione relativa a beni immobili che potesse sorgere fra un suddito italiano ed un suddito tunisino sarà decisa dai tribunali locali; che, se le parti impegnate nella causa sono entrambe italiane, o se una è italiana e l'altra suddita di una terza potenza, il convenuto, citato davanti i tribunali locali, avrà il diritto di domandare il rinvio della causa davanti al console della propria nazione perchè vi sia giudicata secondo la procedura in vigore presso questo tribunale; e che in fine quando la causa venga portata davanti al tribunale od alle autorità tunisine, la sola legge applicabile è quella territoriale. (2)

(1) *Revue de Dr. Int.*, 1886, pag. 452-454.
(2) Palma, pag. 696.

Il tribunale consolare italiano di Tunisi avea creduto di trovare nell'ultima di queste disposizioni un argomento per giudicare che le questioni relative ad immobili situati in Tunisia ed appartenenti a sudditi italiani dovessero decidersi secondo le disposizioni della legge italiana. Ma la corte di Genova non accettò tale soluzione e ridusse ai suoi giusti limiti l'interpretazione del trattato italo-tunisino; ritenendo da esso garantita agli italiani in Tunisia l'applicazione della legge italiana in quanto riguarda i loro diritti e rapporti personali e di famiglia anche in quanto si riferisce agli effetti di quelli e di questi sulla trasmissione e sulla modificazione della proprietà immobiliare; ma negando che questa considerata in sè stessa nel suo regime locale, e nella limitazione delle facoltà che vi si riferiscono, dovesse pur essere sottoposta alla legge italiana. Essa ritenne pertanto che i beni immobili situati a Tunisi ed appartenenti a sudditi italiani siano soggetti alla legge tunisina; che nel caso concreto, le servitù prediali debbano essere rette dalle leggi e dagli usi vigenti in Tunisia, e che quantunque i proprietari italiani possano far valere anche per le questioni che a quelle si riferiscono il beneficio della giurisdizione nazionale, essi non possano far eccezione all'applicazione della legge territoriale agli immobili componenti il territorio della reggenza. (1) « Se l'autorità consolare italiana, è detto nella sentenza, avesse realmente il diritto di applicare la legge italiana in materia di servitù prediale ad immobili tunisini, farebbe duopo riconoscere che tutte le nazioni aventi colla Tunisia convenzioni simili a quella italiana, potrebbero egualmente pretendere in simili casi all'applicazione della loro legge particolare. Si comprende da ciò quali difficoltà e quali imbarazzi deriverebbero da una simile situazione per l'esercizio del diritto di proprietà in Tunisia ».

648. — È pur del tutto dipendente dalla legge territoriale il regolamento di quanto riguarda i privilegi. Questi infatti interessano in sommo grado e soprattutto l'ordine economico di un paese. Poichè consistono in un diritto di preferenza che spetta ad un creditore sulle cose per effetto dell'indole speciale del credito, essi implicano la sottomissione delle cose stesse a rispondere per gli

(1) Corte d'Appello di Genova, 27 Aprile 1883. Comunicaz. dell'avvocato Montano. Chretien, *Revue de la Jurisprudence italienne; Journal de Dr. Int. Pr.*, 1885, pag. 463, 4.

obblighi del proprietario a condizioni diverse da quelle nelle quali tutta la proprietà è in genere tenuta a rispondere di tutti gli obblighi del proprietario, e l'attitudine nel credito ad essere fatto valere su quelle cose in condizioni più facili e più vantaggiose di quelle che son consentite agli altri crediti; implicano perciò due eccezioni correlative al regime normale della proprietà ed all'ordine economico stabilito nello Stato, e non possono quindi esservi ammesse se non per disposizione imperativa delle leggi di quello. Se un creditore straniero invocasse la propria legge nazionale per reclamare un privilegio ch' essa gli accorda, ma che non è accordato dalla legge territoriale, i magistrati sottoposti a quest'ultima dovrebbero respingerne la pretesa; e per converso un debitore non potrebbe invocare la propria legge personale, per salvare un immobile che gli appartiene ed è situato all'estero dagli effetti di un privilegio riconosciuto dalla legge della situazione. La causa del privilegio, la sua indole, i suoi effetti, le sue condizioni, tutto dipende dalla legge territoriale.

Il codice italiano non riconosce se non due cause di privilegio sugli immobili. Il credito per le spese del giudizio di espropriazione degli immobili e di quello di graduazione, fatte nell'interesse comune dei creditori, è privilegiato sopra gli immobili espropriati e preferito a qualunque altro credito; (1) ed i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovraimposte comunali e provinciali, sono privilegiati sopra tutti gli immobili del contribuente situati nel territorio del comune in cui il tributo si riscuote e sopra i fitti e le pigioni degli stessi immobili. (2) Tali crediti privilegiati sono preferiti a tutti gli altri crediti, anche ipotecari; (3) non sono soggetti all'obbligo della iscrizione e la prelazione fra loro è determinata dalla qualità del privilegio. Altri crediti hanno invece un privilegio più limitato. Quelli dello Stato pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sono privilegiati sopra gli immobili che ne furono oggetto, ma non possono pregiudicare i diritti reali acquistati sul fondo dai terzi prima del trasferimento soggetto alla tassa. Le spese di giustizia, le spese funebri e le somministrazioni di alimenti negli ultimi sei mesi della vita, producono, rispetto agli immobili, prelazione sui soli creditori chirografari. (4)

(1) Art. 1961. — (2) Art. 1962. — (3) Art. 1953. — (4) Art. 1963.

Il codice francese invece estende quest' ultimo privilegio anche sugli immobili. (1) Inoltre hanno lo stesso vantaggio, secondo il medesimo codice, (2) il venditore per il pagamento del prezzo dell'immobile venduto; chi ha somministrato danaro per l'acquisto di un immobile; i coeredi sopra gli immobili dell' eredità per la garanzia dei beni fra essi divisi e per le compensazioni e per il conguaglio delle porzioni ereditarie; gli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operai impiegati nella fabbrica e chi ha prestato danaro per pagarli purchè rispondano a determinate condizioni. Mentre il codice francese sottopone l' efficacia del privilegio fra i creditori alla condizione della pubblicità mediante iscrizione nei registri del conservatore delle ipoteche e la fa decorrere dalla data di tale iscrizione, (3) non eccettuando da tale obbligo se non i crediti menzionati all'articolo 2101; nel sistema italiano al contrario i privilegi non sono soggetti all' obbligo dell' iscrizione. Il codice di Zurigo (4) ha conservato eccezionalmente certi privilegi generali e speciali con dispensa dalla pubblicità, come quelli in favore dei minori della donna maritata e dei domestici, pur limitando la loro prelazione nei riguardi delle ipoteche e non mantenendola se non in confronto dei creditori chirografari.

Tutte queste norme tanto nella loro parte sostanziale quanto nella loro parte formale, sono assolutamente imperative in tutto il territorio sottoposto alla legge che le accoglie; ma sono imperative soltanto nei limiti di quel territorio. E tale concetto è così insito in quello di Stato e di sovranità, che tutti gli Stati rispettivamente lo riconoscono e reciprocamente lo applicano, d'accordo tutti quanti in ciò che la sola legge del territorio (5) debba venir applicata in quanto concerne i privilegi, dei quali ogni legge ha rigorosamente fissati i limiti e le condizioni di esistenza nell' interesse generale e per considerazioni di ordine pubblico, e rispetto ai quali, come rispetto ai modi di esecuzione, la potestà pubblica interviene per assicurare il rispetto dei diritti individuali. In tale materia tutti i diritti positivi sono d' accordo circa la piena ed esclusiva competenza della legge territoriale a regolare l' ammissibilità ed il modo di esistenza del rapporto giuridico, e le giuste norme

(1) Art. 2101. — (2) Art. 2103. — (3) Art. 2106. — (4) Art. 896-900

(5) Corte d'Appello di Bruxelles, 27 Dic. 1879; Pasicrisie, 1880, II, pag. 109 e segg.

di diritto internazionale sarebbero offese soltanto se, pur verificandosi in certi crediti spettanti a stranieri le condizioni volute dalla legge territoriale, si volesse escluderli a favore dei crediti spettanti a nazionali per una falsa interpretazione dell'obbligo che incombe allo Stato di proteggere i propri sudditi. (1)

649. — È quasi identico il caso per quanto si riferisce all'ipoteca; quasi tutto il regolamento di quanto ne riguarda l'esistenza è attribuito per comune consenso alla legge del luogo dove la cosa è situata: ed anzitutto la idoneità della cosa a servire di garanzia per il debito del suo proprietario. In Italia sono suscettibili di ipoteca (2) i beni immobili che sono in commercio, coi loro accessori riputati immobili; l'usufrutto degli stessi beni coi loro accessori ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti; i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici e le rendite sullo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico che stabiliscono non potersi un'iscrizione nel Gran Libro assoggettarsi se non ad una sola ipoteca. Il codice francese dichiara invece suscettibili di ipoteca soltanto (3) i beni immobiliari che sono in commercio ed i loro accessori considerati come immobili e l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessori durante l'usufrutto. Entrambi escludono i mobili dall'ipoteca; (4) non sono identici rispetto all'enumerazione delle cose passibili di ipoteca; ma ammettono che una cosa gravatane sia suscettibile di ulteriori ipoteche. Così dispongono una legge bavarese del 1822, (5) una prussiana del 5 Maggio 1872 (6) ed il codice di Soletta; (7) mentre secondo il diritto russo non è ipotecabile un fondo già impegnato anteriormente ad un creditore. (8) Secondo il codice delle Provincie Baltiche si possono impegnare per i propri obblighi tutte le cose tanto presenti quanto future che non siano colpite da inalienabilità. L'ipoteca relativa ad una casa o ad un fondo s'estende implicitamente anche alle servitù prediali costituite in favore dell'uno o dell'altro; non è permesso di ipotecare isolatamente una servitù

(1) V. Alta Corte inglese. Divisione della Cancelleria, 8 Dic. 1884. Kannrenther c. Geiselbrecht. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 212.

(2) Art. 1967. — (3) Art. 2118.

(4) Art. 2119, C. Fr. e 418, 1967, C. It. Vedi per l'ipoteca delle navi, legge fr. del 10 Dic. 1874 e legge belga del 21 Agosto 1879.

(5) Art. 45. — (6) Art. 48. — (7) Art. 856.

(8) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 341.

prediale; però il codice ammette una eccezione a tale principio per le servitù rurali che possono essere ipotecate indipendentemente dal fondo dominante e conferiscono in tal caso al creditore che possieda un fondo vicino la facoltà di esercitare la servitù a vantaggio di questo fondo fino alla soddisfazione del credito, od in caso di mancato pagamento di vendere lo stesso diritto ad un altro vicino. È passibile di ipoteca tutto un patrimonio; e quando una tale ipoteca generale venga costituita vi cadono tutti i beni presenti e futuri del creditore ad eccezione di alcuni pochi che la legge suppone egli abbia avuta l'intenzione di sottrarvi. (1)

In Spagna (2) è lecito ipotecar gli immobili propriamente detti ed i diritti reali alienabili costituiti su immobili; possono istituirsi nuove ipoteche su beni già gravati ed ogni clausola diretta ad escluderle è dichiarata nulla; si può ipotecare un diritto di ipoteca volontaria; ma non i titoli di credito sullo Stato, nè le servitù indipendentemente dal fondo di cui sono un accessorio; nè le miniere, anche situate sul fondo del costituente, fino a che questo non ne abbia ottenuto un titolo regolare di concessione. In Portogallo possono venir ipotecati i beni immobili e, fra quelli immobilizzati, i prodotti e parti integranti dei fondi rustici e le parti integranti di quelli urbani che non possono esserne separate senza pregiudizio del servizio utile che devono prestare salvo che sieno distratte per vantaggio del fondo stesso; (3) i diritti inerenti agli immobili per natura o per azione dell'uomo; (4) l'usufrutto degli stessi beni, ed il dominio diretto ed il dominio utile dei beni enfiteutici. « L'ipoteca comprende (abrange) gli accessori naturali, i miglioramenti fatti a spese del debitore, salvo il diritto del terzo nella parte in cui il valore del fondo ne sia stato aumentato; le indennità dovute dagli assicuratori, e quelle derivanti da espropriazioni o pregiudizî. (5) Chi possiede sotto condizione o con diritto risolubile può ipotecare colla riserva delle stesse condizioni ».

In Russia sono sottratti all'ipoteca i beni interdetti, quelli cioè (6) che, quantunque trasmissibili per successione, sono resi inalienabili in virtù del titolo costitutivo della proprietà. Fra i

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 372-4.
(2) Lehr *Dr. Civ. Esp.*, pag. 290, 1.
(3) Sendo distrahidas pelo proprio dono do predios.
(4) C. C. Port., art. 890 e 375, 1 e 2. — (5) Art. 891.
(6) Lehr. *Dr. Civ. Russe*, pag. 286.

beni che sono senza limiti in commercio, possono impegnarsi allo Stato per garanzia dei contratti conclusi con esso, (1) gli immobili che non sono impegnati nè alla banca di prestito, nè al consiglio di tutela, nè agli stabilimenti di beneficenza, nè all'amministrazione dell'esercito del Don; le terre buone non abitate per la metà del prezzo al quale sono quotate nei riguardi dell'imposta fondiaria, le case in pietra, le officine e le fabbriche in lavoro di cui l'autorità locale certifichi la proprietà; e, se il valore del primo credito è inferiore a quello dell'immobile, questo può servire a garantire debiti successivi. A privati non si può dare ipoteca sopra un fondo di cui si abbia l'usufrutto, nè sopra un fondo che sia già soggetto a precedente ipoteca. (2) In Polonia sono suscettibili di ipoteca i beni immobili appartenenti ai privati ed i diritti ed i capitali ipotecari della stessa specie.

In Inghilterra (3) i *freeholds* possono liberamente impegnarsi dal proprietario per garanzia del suo debito; ma la legge non vieta di costituire in garanzia sotto determinate condizioni anche i tenimenti d'altra natura come i *copyholds* ed i fitti a lungo termine. Le leggi degli Stati Uniti variano circa la determinazione degli oggetti che possono venir dati in garanzia dal debitore. Nella Georgia un tale impegno può estendersi alla proprietà del debitore ed alle cose sulle quali questo ha diritto di possesso allorchè vi costituisce la garanzia, ed anche ad un complesso di beni variabili nella specie nel qual ultimo caso il vincolo va perduto rispetto a tutti gli oggetti di cui il debitore abbia disposto al momento della azione per espropriazione, ma risorge rispetto alle cose da lui comperate per sostituirli; nella California e nel Dakota è suscettibile d'essere data in garanzia la proprietà del debitore quantunque sia in possesso altrui (4), e può essere impegnato in generale ogni interesse nella proprietà reale che possa venir trasferito; nel Mississipì ne sono suscettibili una messe o più messi da raccogliersi nel termine di quindici mesi dall'impegno, ma a questo impegno non spetta preferenza sui debiti verso il proprietario o verso chi fece anticipazioni ai coltivatori; nell'Arkansas e nel Nevada simili impegni garantiti sui raccolti che saranno ottenuti da

(1) L. c., pag. 337, 8.
(2) L. c., pag. 341.
(3) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 377.
(4) Vedi Stimson, pag. 260, § 1853.

quanto fu piantato o si deve piantare, possono produrre lo stesso effetto di quelli costituiti sulla proprietà già esistente; nella Pennsylvania le concessioni per un certo numero di anni possono essere costituite in garanzia come le altre cose appartenenti al debitore; i diritti sulle miniere e quelli dei coloni possono essere nella Nevada costituiti in garanzia come proprietà reale. (1) Da ciò risulta non essere limitata la garanzia analoga all'ipoteca ai soli immobili ed essere estesa anche a quelle cose che non si possiedono in qualità di proprietario, usufruttuario od enfiteuta.

D'altro lato anche sulle cose immobili che si possiedono a titolo di proprietario, la possibilità di costituirle efficacemente in garanzia dei proprî debiti è alquanto più limitata che non sia nel nostro paese. Le costituzioni di sedici Stati dell'Unione hanno norme relative alla esenzione dello *homestead* dell'esecuzione per i debiti del proprietario, intendendo per *homestead* l'abitazione ed oltre a questa (per chi abita fuori della città) una estensione di terreno variamente determinata. L'esenzione assoluta riguarda certamente i soli crediti chirografari, ma, anche nei riguardi delle garanzie consentite dal proprietario; lo *homestead* non soggiace alle stesse regole che riguardano gli altri beni. Le costituzioni del Michigan, della Virginia, della Nevada e dell'Alabama sottopongono espressamente lo *homestead* agli effetti di ogni garanzia reale legalmente ottenuta; quelle del Kansas, dell'Arkansas e della Nevada lo sottopongono in oltre agli effetti di ogni privilegio; nel Kansas, Virginia Occidentale, Carolina del Nord, Tennessee, Arkansas, Texas, Nevada, Carolina del Sud, Georgia, Florida e Luisiana, non si estende l'esenzione dello *homestead* a quelle obbligazioni che furono contratte per l'acquisto della proprietà stessa, o (2) per il suo miglioramento; il diritto del Kansas, Virginia, Virginia Occidentale, Carolina del Nord, Tennessee, Arkansas, Texas, Nevada, Carolina del Sud, Georgia, Florida e Luisiana lo sottopongono alla vendita per debito d'imposte; altri lo fanno rispondere anche per i servizi prestativi dai lavoratori. (3)

È evidente che in ogni paese l'attitudine della cosa immobile a venir costituita in garanzia dal proprietario dipenderà non già

(1) Stimson, pag. 250-260.

(2) Kansas, Virginia Occidentale, Tennessee, Nevada, Carolina del Sud, Georgia, Florida, Luisiana.

(3) Stimson, pag. 18-20.

dal diritto del luogo dove è nata l'obbligazione cui la garanzia dovrebbe riferirsi, ma da quello del luogo dove l'immobile è situato. La stessa ragione che rende universalmente riconosciuta come dipendente dalla legge territoriale la distinzione delle cose in commercio e fuori di commercio, rende territoriali le norme che riguardano la loro attitudine ad essere costituite in garanzia per i debiti del proprietario o del possessore.

650. — Lo stesso deve dirsi della determinazione dell'indole di tale garanzia che colpisce gli immobili e delle cause da cui può derivare. Circa l'indole, il nome della garanzia e la sua specificazione non possono essere determinati se non dal diritto vigente nel luogo della situazione dell'immobile. Così secondo il concetto proprio al diritto nostro ed alla maggior parte dei diritti moderni, quella garanzia prende nome di ipoteca ed è un diritto reale costituito, indipendentemente dal possesso, sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio del creditore; nel diritto inglese prende il nome di pegno morto (mortgage); implicava originariamente il possesso del fondo attribuito al creditore e soltanto negli ultimi tempi, essendosi concesso al debitore di conservarlo, venne avvicinandosi al concetto nostro dell'ipoteca.

Circa le cause da cui questa può derivare, è naturale che l'enumerazione fattane dalla legge della situazione della cosa sia limitativa, che lo straniero cioè non possa invocare in nome della propria legge personale una causa di ipoteca ignorata o riprovata dalla legge territoriale. Il nostro codice riconosce (1) l'ipoteca legale giudiziale e convenzionale. La prima spetta (2) al venditore od altro alienante sopra gli immobili alienati per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione, ai coeredi, soci ed altri condividenti sopra gli immobili caduti nell'eredità, società o comunione per il pagamento dei rifacimenti o conguagli; al minore ed all'interdetto sui beni del tutore; alla moglie sui beni del marito per la dote o per i beni dotali ed allo Stato sopra i beni dei condannati per il rimborso delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, compresi i compensi dovuti agli ufficiali dell'amministrazione ed a quelli dell'ordine giudiziario. Nel sistema francese la prima e la seconda di queste ipoteche legali sono poste bensì fra i privilegi, (3) ma fra quelli che non sono esen-

(1) Art. 1968. — (2) Art. 1969. — (3) Art. 2103.

tati (1) dalla iscrizione. L'ipoteca giudiziale è ammessa in termini più vaghi che non dal nostro codice, da quello francese (2) che la dichiara derivante da sentenze definitive o provvisionali profferite, tanto in contraddittorio delle parti quanto in contumacia, a favore di chi le abbia ottenute; in termini più precisi del codice italiano (3) secondo il quale ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all'adempimento di un'altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'abbia ottenuta. Finalmente entrambe le legislazioni concordano nell'ammettere la ipoteca convenzionale.

La legge ipotecaria spagnuola (4) riconosce le cause di ipoteca nella volontà espressa mediante convenzione o testamento, e nella legge a favore (5) delle donne maritate, dei minori, dello Stato per contratti e per contribuzioni, e degli assicuratori sui beni degli assicurati per i premi di un biennio. Le ipoteche giudiziali sono abolite e sostituite dalle prenotazioni o annotazioni preventive (6) che non sono dirette a convertire in diritto reale un credito puramente personale nella sua origine, nè a generare una azione ipotecaria, ma soltanto a salvaguardare il diritto del creditore, quale esso è, per il caso in cui la cosa venisse a perire od il debitore a trovarsi nella impossibilità di soddisfare il proprio obbligo. Una prenotazione può essere domandata da chiunque rivendica in giudizio un immobile, o domanda la costituzione, la dichiarazione, la modificazione o l'estinzione di qualche diritto reale; da chi ottiene un mandato di sequestro sugli immobili del proprio debitore; da chi ha ottenuta una sentenza esecutoria, importante condanna contro la parte avversa; e da chiunque, agendo in giudizio contro il proprio debitore, ottiene che i beni di questo siano messi sotto sequestro provvisorio. Nei tre ultimi casi la prenotazione assicura un diritto di preferenza a chi l'abbia ottenuta in confronto di ogni creditore di data posteriore. Inoltre una prenotazione può essere domandata da chi intenta un'azione di interdizione, o fa istanza per una dichiarazione di decesso di un assente; dai legatari a titolo particolare che non hanno il diritto di intentare l'azione per

(1) Art. 2106. — (2) Art. 2123. — (3) Art. 1970.
(4) Art. 138. — (5) Art. 168.
(6) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 272, 332 e segg.

esecuzione testamentaria; da chi ha riparato un immobile ed è ancora in credito del prezzo dei propri lavori, e da chiunque presenti all'ufficio delle ipoteche un titolo la cui iscrizione definitiva non possa farsi immediatamente sia perchè il titolo presenti un vizio riparabile, sia per causa di un impedimento proveniente dal conservatore. Quando le prenotazioni non costituiscono se non una misura pregiudiziale ordinata dal giudice per assicurare le conseguenze di una sentenza, esse hanno un carattere del tutto transitorio e non si convertono mai in iscrizioni. In caso diverso esse precorrono le iscrizioni e conferiscono al creditore, in virtù della legge, un vero diritto ipotecario per quel periodo di tempo durante il quale l'iscrizione definitiva non possa essere ancora ottenuta.

Anche il codice portoghese distingue le ipoteche in legali e volontarie. (1) Le prime spettano allo Stato ed agli stabilimenti pubblici sui beni dei rispettivi ufficiali responsabili; ai minori, agli assenti ed agli interdetti sui beni dei tutori, curatori od amministratori; alla moglie dotata sui beni del marito; al coniuge sopravvivente sui beni del coniuge defunto per pagamento di appannaggio cui abbia diritto; al creditore per ragione di alimenti, sui beni designati a garantirli; agli stabilimenti di credito fondiario per il pagamento dei loro titoli sui beni designati da questi; ai coeredi per il pagamento delle quote rispettive sui beni dell'eredità soggetti a quel pagamento; ed ai legatari di quantità o valori determinati o di prestazioni periodiche, sui beni soggetti al carico del legato per il pagamento dello stesso; alle tre prime fra queste specie di ipoteca non si ammette possibilità di rinuncia. Le ipoteche volontarie possono nascere (2) da contratto o da disposizione di ultima volontà.

Nel diritto inglese il *mortgage* è essenzialmente convenzionale; la garanzia che spetta al venditore per il pagamento integrale dell'immobile venduto e degli interessi decorrenti sulla parte mancata del pagamento, riveste il carattere di un privilegio (lien). L'ipoteca (zalogh) del diritto russo è pure essenzialmente convenzionale; la legge polacca riproduce le distinzioni di quella francese. Il codice baltico distingue pure il diritto di garanzia in volontario, tacito o legale e giudiziario; quello volontario può essere convenzionale o testamentario; quello tacito si distingue alla sua

(1) Art. 905 e segg. — (2) Art. 910.

volta in generale e speciale. Il primo spetta su tutti i beni del debitore al tesoro ed ai comuni per l'ammontare delle imposte e delle contribuzioni personali o fondiarie; allo Stato per le prestazioni che possono essergli dovute da amministratori di beni della corona o da altri in seguito a contratti, ma non per assicurare il pagamento di un'ammenda; ai minori ed agli interdetti per i propri crediti contro i genitori amministratori legali dei loro beni; al marito per l'ammontare della dote promessa alla moglie da un terzo e non ancora consegnata; alla moglie che non viva col marito in comunione di beni per l'assicurazione dei suoi diritti in quanto i suoi beni siano del tutto od in parte sotto l'amministrazione legale del marito, ed alla Chiesa per le deteriorazioni causate da un enfiteuta al fondo di cui gode, ed in Livonia per i fatti imputabili agli amministratori del suo patrimonio. Di ipoteca legale sopra certi beni del debitore godono; il venditore di un immobile sull'immobile venduto, chi fece anticipazioni per il ristauro di un immobile sullo stesso immobile ristaurato mediante il suo sussidio, ed i legatari sulla quota dell'erede che deve soddisfarli, o, se il carico incombe simultaneamente a tutti gli eredi, sulle quote di tutti in proporzione della loro importanza. Il diritto di ipoteca giudiziaria risulta da ogni sentenza definitiva che ordini l'immissione del creditore in possesso dei beni del debitore od il sequestro di tali beni a profitto del creditore. (1)

651. — Tutto quanto si riferisce alle cause per cui può essere concessa o riconosciuta ad un creditore una garanzia reale sui beni del suo debitore in condizioni diverse da quelle alle quali tutti i beni devono normalmente rispondere degli impegni del proprietario, interessa intimamente il regime della proprietà e la costituzione economica dello Stato; l'indole dei diritti di preferenza, che è quanto dire l'apprezzamento delle cause da cui questi possono derivare, cade totalmente sotto le disposizioni della legge del luogo dove la cosa è situata, il cui impero negativo è riconosciuto, dai criteri di diritto internazionale privato accolti dovunque, come pieno ed assoluto.

Giova determinare il carattere negativo di tale impero poichè, specialmente in quanto si riferisce alla ipoteca legale, non sarebbe offeso l'ordine economico dello Stato per ciò che ad uno straniero non vi spettasse una garanzia reale che pur la legge del terri-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 335, 358, 376.

torio gli accorderebbe: ma sarebbe offeso quell'ordine se, in onta alle disposizioni della legge territoriale, egli potesse pretendere una garanzia reale fondandosi per invocarla sulle leggi del proprio paese. Ed è appunto tale seconda eventualità che trovasi esclusa, dai criteri di diritto internazionale privato accolti da tutti gli Stati, in una materia nella quale, trattandosi di una deroga all'ordinamento normale della proprietà, è importante che i limiti ne siano rigorosamente determinati dalla legge territoriale. E in questo senso piuttosto limitativo che estensivo che devono essere interpretati l'articolo 2115 del codice francese e l'articolo 49 della legge ipotecaria belga: « L'ipoteca non ha luogo se non nei casi autorizzati dalla legge ». La mancanza, in alcuni dei paesi suaccennati, della ipoteca giudiziale, deve dunque intendersi come assoluta non meno nei riguardi degli stranieri che in quelli dei cittadini; sicchè chi ottenesse in un paese come il nostro, dove la ipoteca giudiziale è ammessa, una sentenza che lo autorizzasse ad ottenervela, non potrebbe invocarla dove, come in Belgio od in Portogallo, quella ipoteca non esista. Così sotto la qualifica di ipoteca legale potrà farsi valere in ogni paese soltanto quella che deriva da una delle cause enumerate come tali dalle leggi del paese stesso; nè si potrebbe tenere verun conto delle più larghe enumerazioni fatte sotto lo stesso titolo dalla legge del paese cui appartengono le parti; nè un creditore portoghese potrebbe pretendere di far valere, su beni situati in Italia, quelle cause di ipoteca legale ammesse dall' articolo 906 del suo codice patrio ma non dall' articolo 1969 del nostro. In questo senso vanno d'accordo i sistemi legislativi che fondano le proprie regole di diritto internazionale privato precipuamente sul principio della territorialità, i quali ritengono che « un'ipoteca non possa costituirsi sopra beni immobili se non conformemente alla legge del luogo dove sono situati » (1) e quelli che pur consentono in generale maggior larghezza di effetti allo statuto personale, i quali impongono sotto quel punto di vista ai magistrati pur normalmente incaricati di applicare lo statuto personale delle parti, di giudicare che « la legge del luogo della situazione degli immobili gravati sia la sola che possa venir applicata per statuire sulla esistenza di un' ipoteca ». (2)

(1) Field, cod. art. 570, n. — (2) *Monitore dei Tribunali*, 1880, C. di Cass. di Torino, 9 Dic. 1879. Pio Istituto Villa Maraffi c. Beleredi.

volta in generale e speciale. Il primo spetta su tutti i beni del debitore al tesoro ed ai comuni per l'ammontare delle imposte e delle contribuzioni personali o fondiarie; allo Stato per le prestazioni che possono essergli dovute da amministratori di beni della corona o da altri in seguito a contratti, ma non per assicurare il pagamento di un'ammenda; ai minori ed agli interdetti per i propri crediti contro i genitori amministratori legali dei loro beni; al marito per l'ammontare della dote promessa alla moglie da un terzo e non ancora consegnata; alla moglie che non viva col marito in comunione di beni per l'assicurazione dei suoi diritti in quanto i suoi beni siano del tutto od in parte sotto l'amministrazione legale del marito, ed alla Chiesa per le deteriorazioni causate da un enfiteuta al fondo di cui gode, ed in Livonia per i fatti imputabili agli amministratori del suo patrimonio. Di ipoteca legale sopra certi beni del debitore godono; il venditore di un immobile sull'immobile venduto, chi fece anticipazioni per il ristauro di un immobile sullo stesso immobile ristaurato mediante il suo sussidio, ed i legatari sulla quota dell'erede che deve soddisfarli, o, se il carico incombe simultaneamente a tutti gli eredi, sulle quote di tutti in proporzione della loro importanza. Il diritto di ipoteca giudiziaria risulta da ogni sentenza definitiva che ordini l'immissione del creditore in possesso dei beni del debitore od il sequestro di tali beni a profitto del creditore. (1)

651. — Tutto quanto si riferisce alle cause per cui può essere concessa o riconosciuta ad un creditore una garanzia reale sui beni del suo debitore in condizioni diverse da quelle alle quali tutti i beni devono normalmente rispondere degli impegni del proprietario, interessa intimamente il regime della proprietà e la costituzione economica dello Stato; l'indole dei diritti di preferenza, che è quanto dire l'apprezzamento delle cause da cui questi possono derivare, cade totalmente sotto le disposizioni della legge del luogo dove la cosa è situata, il cui impero negativo è riconosciuto, dai criteri di diritto internazionale privato accolti dovunque, come pieno ed assoluto.

Giova determinare il carattere negativo di tale impero poichè, specialmente in quanto si riferisce alla ipoteca legale, non sarebbe offeso l'ordine economico dello Stato per ciò che ad uno straniero non vi spettasse una garanzia reale che pur la legge del terri-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 335, 358, 376.

torio gli accorderebbe: ma sarebbe offeso quell'ordine se, in onta alle disposizioni della legge territoriale, egli potesse pretendere una garanzia reale fondandosi per invocarla sulle leggi del proprio paese. Ed è appunto tale seconda eventualità che trovasi esclusa, dai criteri di diritto internazionale privato accolti da tutti gli Stati, in una materia nella quale, trattandosi di una deroga all'ordinamento normale della proprietà, è importante che i limiti ne siano rigorosamente determinati dalla legge territoriale. È in questo senso piuttosto limitativo che estensivo che devono essere interpretati l'articolo 2115 del codice francese e l'articolo 49 della legge ipotecaria belga: « L'ipoteca non ha luogo se non nei casi autorizzati dalla legge ». La mancanza, in alcuni dei paesi suaccennati, della ipoteca giudiziale, deve dunque intendersi come assoluta non meno nei riguardi degli stranieri che in quelli dei cittadini; sicchè chi ottenesse in un paese come il nostro, dove la ipoteca giudiziale è ammessa, una sentenza che lo autorizzasse ad ottenervela, non potrebbe invocarla dove, come in Belgio od in Portogallo, quella ipoteca non esista. Così sotto la qualifica di ipoteca legale potrà farsi valere in ogni paese soltanto quella che deriva da una delle cause enumerate come tali dalle leggi del paese stesso; nè si potrebbe tenere verun conto delle più larghe enumerazioni fatte sotto lo stesso titolo dalla legge del paese cui appartengono le parti; nè un creditore portoghese potrebbe pretendere di far valere, su beni situati in Italia, quelle cause di ipoteca legale ammesse dall'articolo 906 del suo codice patrio ma non dall'articolo 1969 del nostro. In questo senso vanno d'accordo i sistemi legislativi che fondano le proprie regole di diritto internazionale privato precipuamente sul principio della territorialità, i quali ritengono che « un'ipoteca non possa costituirsi sopra beni immobili se non conformemente alla legge del luogo dove sono situati » (1) e quelli che pur consentono in generale maggior larghezza di effetti allo statuto personale, i quali impongono sotto quel punto di vista ai magistrati pur normalmente incaricati di applicare lo statuto personale delle parti, di giudicare che « la legge del luogo della situazione degli immobili gravati sia la sola che possa venir applicata per statuire sulla esistenza di un'ipoteca ». (2)

(1) Field, cod. art. 570, n. — (2) *Monitore dei Tribunali*, 1880, C. di Cass. di Torino, 9 Dic. 1879. Pio Istituto Villa Maraffi c. Belcredi.

652. — Le stesse ragioni poi per effetto delle quali vien fatto dipendere dovunque dalla legge territoriale il criterio dell'obbligo o dell'inutilità di ricorrere a certe forme pubbliche perchè la trasmissione della proprietà sia opponibile ai terzi, valgono a stabilire, in modo obbligatorio per tutti, quando debba ritenersi perfetta la costituzione dell'ipoteca. Secondo il nostro codice è provveduto alla iscrizione delle ipoteche legali delle donne, dei minori e degli interdetti (1) garantendo tanto più con disposizioni particolari la iscrizione in tali casi, quanto più è facile che gli aventi diritto si trovino nella impossibilità materiale di reclamarla, mentre chi avrebbe il dovere di prestarla abbia interesse a non farlo; ed (2) alla iscrizione della ipoteca del venditore sull'immobile venduto da farsi d'ufficio dal conservatore delle ipoteche quando non sia giustificato il pagamento integrale del prezzo d'acquisto. L'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili appartenenti al debitore, senza che resti successivamente esclusa la possibilità di altre iscrizioni su quelli che acquistasse in seguito; (3) quella convenzionale si inscrive (4) giustificando l'autenticità del titolo da cui essa deriva; i registri sono pubblici e la loro veridicità è garantita dalle norme di precauzione determinate nel codice e dalla responsabilità dei conservatori. Tale sistema era stato già istituito in Francia sotto il vecchio regime e vi fu più tardi regolato (5) dal codice civile.

Il codice prussiano (6) quello austriaco, (7) quello sassone, (8) quello di Zurigo (9) e la legge ipotecaria bavarese fanno dipendere pure la esistenza della ipoteca dalla sua iscrizione nei registri a ciò destinati. Così anche la legge ipotecaria spagnuola (10) tanto per le ipoteche volontarie quanto per quelle legali; (11) gli uffici di registro delle ipoteche sono posti sotto la dipendenza del ministero della giustizia; essi sono pubblici ed accessibili all'esame di tutti gl'interessati; e la immunità di un immobile da ogni garanzia non può essere provata nei riguardi dei terzi se non mediante estratti dal registro della proprietà. (12) La necessità del registro è im-

(1) Art. 1982, 3, 4. — (2) Art. 1969, 1985. — (3) Art. 1986.
(4) Art. 1989, 1990. — (5) Art. 2146 e segg.
(6) Articolo 1, 20, 411.
(7) § 440 e 451. — (8) Art. 387. — (9) Art. 776.
(10) Art. 146. — (11) Art. 159.
(12) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 273-6, 279, 306, 7, 315, 6.

posta anche dal codice portoghese. (1) In Russia (2) l'atto che costituisce in garanzia un immobile deve essere redatto sui registri fondiari e prende il nome di atto d'impegno di un immobile; in Polonia soltanto i diritti ipotecarî debitamente iscritti profittano al creditore sia nei riguardi del debitore iscritto come proprietario degli immobili gravati, sia nei riguardi dei terzi cui questi pervenissero posteriormente per qualsiasi guisa. (3) Così secondo le leggi della Luisiana l'ipoteca comincia a produrre i propri effetti dal momento della sua registrazione per quanto riguarda la possibilità di opporla ai terzi; ed anche negli altri Stati Uniti un *mortgage* è generalmente governato dalle stesse condizioni accennate rispetto agli atti di trasmissione delle proprietà, coll'eccezione di pochi Stati per quanto riguarda il termine nei limiti del quale debba procedersi alla registrazione. (4)

Nelle Provincie Baltiche invece il diritto di ipoteca sopra un immobile può essere costituito in alcune parti del territorio, soltanto per atto scritto, in altre anche a voce; ma in ogni caso la sua esistenza è indipendente da qualsiasi pubblicità; esso produce, anche senza iscrizione, i propri effetti, dando al creditore in caso di mancato pagamento, la facoltà di provocare la vendita del fondo e di pagarsi sul prezzo. Esiste bensì l'iscrizione anche nelle Provincie Baltiche, ma è facoltativa ed ha l'effetto di mutare l'ipoteca privata in ipoteca pubblica. L'effetto di tale mutamento è diverso secondo la provincia.

In Curlandia e nella città di Reval l'ipoteca volontaria privata è perfettamente valida nei riguardi del costituente e dei suoi eredi, ma soltanto quella pubblica è opponibile ai terzi, mentre le ipoteche legali non subiscono verun mutamento per effetto della registrazione; in Livonia, ed in Estonia la registrazione di una ipoteca non ha altro effetto se non quello di assicurarle la priorità su ogni altra ipoteca, anche più antica, che non sia stata iscritta, ma essa conserva del resto in ogni modo anche rispetto ai terzi tutta la propria efficacia. (5) La pubblicità non è dunque una con-

(1) Art. 916, 937 e 949, 950.

(2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 342, 3.

(3) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 343, 353, 4, 359, 360, 2, 3, 4, 370. 3, 4, 5.

(4) Stimson, l. c., pag. 250, 261.

(5) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 378. 385, 6.

dizione all'esistenza dell'ipoteca in se stessa, ed in una parte di quei territorî la pubblicità è bensì una condizione perchè l'ipoteca possa essere opposta ad altre ipoteche, ma non a diversi diritti che altri potesse acquistare sulla cosa.

In Inghilterra, ad eccezione dei tre territorî di Middlessex, York e Kingston Upon Hull, non è necessaria veruna misura di pubblicità perchè l'ipoteca possa essere opposta agli acquirenti ed ai creditori successivi. Anche rispetto all'ipoteca però come rispetto alla trasmissione della proprietà va facendosi sempre più sentire in quel paese ed altrove la necessità di subordinare la perfezione del diritto alla pubblicità della sua costituzione. (1) La sanziona il codice civile di Monaco; (2) la legge di Appenzell Rhode Interiore del 27 Aprile 1881; l'ordinanza del minor consiglio del cantone dei Grigioni dello stesso anno; (3) e la legge tedesca del 20 Maggio 1885 sull'alienazione degli immobili e la costituzione delle ipoteche nei paesi dove vige il diritto renano. (4)

Anche il Brasile perfezionò la propria legislazione su tale argomento modificando colla legge del 5 Ottobre 1885 quella del 24 Settembre 1864 che aveva organizzato il regime ipotecario. Secondo quella legge l'ipoteca legale, qualunque ne sia la natura, non produce i proprî effetti in confronto dei terzi se non quando siasi ricorso alla formalità indispensabile della iscrizione; ed è concesso il termine di un anno a datare dalla sua promulgazione per l'iscrizione dell'ipoteca legale delle donne maritate, nonchè per l'iscrizione di quelle dei minori ed interdetti costituite anteriormente e non ancora iscritte. Tale ipoteca legale, secondo la precedente legge ipotecaria, poteva, quantunque generale, essere specializzata; anche senza essere specializzata, doveva essere iscritta, ma, malgrado la mancanza di iscrizione, produceva i suoi effetti contro i terzi a partire dalla propria data, ed era la sola ipoteca legale clandestina che facesse eccezione alla regola della pubblicità ammessa dal diritto civile brasiliano. (5)

(1) Fortescue Brickdale, Registration of title to land. London, Stanford, 1886.

(2) Art. 1898 e 1916.

(3) *Ann. de Lég. Étr.*, 1885, pag. 455-7, 535-541, 575 e 586, 7.

(4) Art. 1, § 4-12, *Ann. de Lég. Étr.*, 1886, pag. 129-136.

(5) D'Ourem, *Notice sur les sessions parlementaires de* 1885, *Ann. de Lég. Étr.*, 1886, pag. 716.

Nemmeno queste norme di diritto interno possono dar luogo a conflitti nei rapporti internazionali; rispetto ad esse le leggi vigenti in un territorio sono assolutamente obbligatorie per tutti coloro che contraggono rapporti giuridici rispetto agli immobili che vi sono situati; dovunque vengano ed a qualunque paese appartengano le parti, l'esistenza stessa dell'ipoteca che possa loro spettare sarà subordinata alla sua pubblicità in Francia ed in Italia; la mancanza di questa non impedirà che l'ipoteca possa invocarsi in giudizio fra le parti, ma impedirà che queste possano opporla ai terzi in Portogallo; e l'esistenza della pubblicità sarà del tutto superflua perchè esista un'ipoteca od una garanzia ad essa analoga in una parte delle Provincie Baltiche ed in quasi tutta l'Inghilterra; in Francia, (1) dove eccezionalmente le ipoteche legali dei minori, degli interdetti e delle donne maritate non sono soggette alla iscrizione, non vi saranno soggetti, in quanto siano in genere ammessi a pretendervela, i minori, gli interdetti e le mogli straniere, mentre mogli, minori ed interdetti francesi non potranno invocare quella eccezione nei territori dove la pubblicità è obbligatoria per ogni maniera di ipoteche; ed un contratto ipotecario stipulato nelle Provincie Baltiche darà diritto di ipoteca sui beni situati nel Chili soltanto se sarà iscritto nei registri fondiari. (2)

653. — Dall'esistenza della condizione di pubblicità e dall'importanza che le viene attribuita, dipendono i criteri accolti nei vari paesi rispetto alla graduazione delle ipoteche. La pubblicità posta come assoluta condizione fa sì che il diritto resti imperfetto finchè quella condizione non sia soddisfatta; sicchè il diritto non si intenderà sorto se non dal giorno della registrazione dell'atto che lo costituisce; e non già alla data di questo, ma alla data di quella si dovrà ricorrere per determinare la sua priorità in confronto di altri atti della stessa specie. Così il nostro codice (3) stabilisce che l'ipoteca produca effetto e prenda grado dal momento della sua iscrizione, e che il numero d'ordine delle iscrizioni ne determini il grado; analogo in ciò al codice francese, (4) a quello portoghese, (5) alla legge spagnuola (6) ed a tutte le altre leggi che ritengono necessaria l'iscrizione.

(1) C. C. Fr., art. 2135.
(2) C. C. Chileno, art. 16 e 2411. — (3) Art. 2007, 8.
(4) Art. 2134. — (5) Art. 956. — (6) Art. 25, 8.

Ma rispetto agli atti iscritti nello stesso giorno le leggi che richiedono la pubblicità variano nello stabilire la graduazione. Il codice francese (1) stabilisce che tutti i creditori iscritti nello stesso giorno abbiano una ipoteca della stessa data senza distinzione fra l'iscrizione fatta nel mattino e quella fatta nella sera, quantunque di queste differenze avesse tenuto conto il conservatore. Il codice italiano invece (2) ammette che le sole ipoteche iscritte sugli stessi immobili al medesimo numero concorrano fra loro senza distinzione di grado e che (3) se più persone presentano contemporaneamente la nota per ottenere iscrizione contro la stessa persona e sugli stessi immobili, le medesime siano iscritte sotto lo stesso numero; ma ritiene che il numero d'ordine delle iscrizioni ne determini il grado, sicchè questo varia, a differenza di quanto avviene in Francia, fra le iscrizioni fatte nello stesso giorno. La legge spagnola (4) adotta il criterio del codice italiano; il codice portoghese (5) stabilisce bensì che la priorità delle iscrizioni sia determinata dalla data del giorno in cui sono fatte e che si considerino come fatte alla stessa data tutte quelle che sono richieste nello stesso giorno, ma soggiunge (6) che, concorrendo diverse iscrizioni della stessa data e della stessa specie, la loro priorità sarà determinata dal rispettivo numero d'ordine e che se sono della stessa data e di diversa specie la priorità sarà regolata dall'ordine in cui si presentano nel registro, (conforme o que constar do *diario*). Però da quest'ultima disposizione si eccettuano le iscrizioni ipotecarie concorrenti e registrate alla stessa data cui sia applicabile la disposizione dell'articolo 1017 secondo la quale nel concorso di più ipoteche il pagamento sarà fatto secondo l'ordine di priorità del registro, e se la loro data è eguale il pagamento sarà fatto *pro-rata*.

In Inghilterra i creditori che abbiano ottenuto un *mortgage* sono graduati secondo la data del *mortgage* rispettivo; ma in alcuni casi tale graduazione può venir modificata. Avviene talora che, non potendosi costituire immediatamente un *mortgage* regolare, il debitore vi supplisca depositando presso il creditore i titoli di proprietà dell'immobile. La corte della cancelleria ha costantemente giudicato che un simile deposito crei sull'immobile un

(1) Art. 2147. — (2) Art. 2009. — (3) Art. 2008. — (4) Art. 26.
(5) Art. 956. — (6) § 1.

mortgage equitable ancorchè non sia stato constatato per iscritto, e che il creditore acquisti fino da quel momento i diritti che gli competerebbero in quest'ultimo caso. Ma se un creditore che si trovi in tali condizioni, commette l'imprudenza di privarsi dei titoli che gli servono di garanzia ponendo così il debitore nella materiale possibilità di costituire a profitto di un terzo un altro *mortgage* della stessa specie, questo secondo *mortgage* acquista preferenza sul suo se non gli vien fatto di ottenere a tempo la restituzione dei titoli. Inoltre quando un creditore, che sia primo per ordine di data, presta ulteriormente denaro al medesimo debitore senza essere stato avvertito che questo aveva costituito nell'intervallo un altro *mortgage* a profitto di un terzo, egli ottiene preferenza anche nei riguardi del suo secondo prestito sul creditore intermediario; e quando un terzo creditore che ha prestato denaro al proprietario dell'immobile senza aver avuto notizia dell'esistenza di un secondo *mortgage* riesce ad ottenere la cessione del primo, egli acquista il diritto di collegare a questo il proprio credito, quantunque sia terzo in ordine di data, passando anche con quello davanti al creditore che, in ordine di data, sarebbe il secondo.

L'ordine derivante dalla data del credito poteva fino agli ultimi tempi venir modificato anche dalla consolidazione, che colloca allo stesso grado più crediti garantiti su immobili diversi, in guisa che, se lo stesso creditore presta ripetutamente denaro al proprietario di quegli immobili mediante la garanzia di diversi *mortgage*, egli è posto nella stessa situazione favorevole in cui si troverebbe se tutto il complesso degli immobili sui quali acquistò un diritto gli fosse stato dato in garanzia per la totalità dei suoi crediti. Il debitore non può in tal caso riscattare uno dei *mortgage* senza riscattare anche gli altri, ed il creditore può domandare sui varî immobili impegnati il pagamento di quanto gli è dovuto sia per il primo prestito che per quelli successivi. In tal guisa era reso incerto il diritto di chi prestava danaro verso concessione di un secondo *mortgage*, poichè se il debitore aveva impegnato ad altri creditori, altri beni proprî per una somma superiore al loro valore reale, egli correva il pericolo che quello fra questi terzi la cui garanzia risultava insufficiente potesse acquistare anche su quel fondo il primo *mortgage* e consolidando il credito relativo a questo cogli altri, riuscisse a farsi pagare su quel fondo non già in ragione del primo *mortgage* ottenutovi, ma anche in ragione degli altri

da lui posseduti su altri fondi escludendo così del tutto la garanzia del creditore intermediario. Ma a quest'ultimo inconveniente pose riparo il « Conveyancing and law of property act » del 1881 disponendo (1) che il debitore possa, salvo il caso di convenzione contraria, estinguere uno soltanto dei propri debiti e liberare l'immobile che lo garantisce anche se il creditore ha contro di lui altri crediti garantiti su immobili diversi.

Finalmente un creditore può perdere la propria priorità per dolo o per negligenza; e specialmente per quest'ultima causa quando il creditore avente in *mortgage* un fondo affittato a lungo termine consente a prestare al debitore il documento di cui trovasi in possesso per facilitargli il mezzo di contrarre un nuovo prestito con garanzia subordinata alla sua, pur raccomandandogli di avvertire il secondo prestatore dell' esistenza del primo *mortgage*. Se il debitore non si uniforma a tale sua raccomandazione, il secondo creditore può, in caso di esecuzione, ottenere preferenza sul credito dell' altro che pur in ordine di tempo dovrebbe essere il primo. (2)

654. — Chi prestasse denaro con garanzia reale in Inghilterra dovrebbe assoggettarsi a tutte queste regole di priorità oscillante e malcerta che son contenute nella legge inglese; chi invece, pur essendo inglese e contrattando in Inghilterra, acquistasse o costituisse una garanzia reale dei proprî crediti o debiti su fondi situati dove la pubblicità sia una condizione indispensabile dell'ipoteca, non potrebbe ricorrere se non all'iscrizione ed alla data di questa per farvi valere la propria ipoteca e la prevalenza di questa su altre ipoteche costituite sui medesimi fondi, senza poter pretendere alcun riguardo per la data della convenzione.

Così giudicò la corte della cancelleria a proposito di un'ipoteca convenzionale costituita in Inghilterra fra inglesi su fondi situati in Italia. Due persone, entrambe individualmente soggette alla corte inglese, avevano prestato denaro ottenendo promessa di garanzia (security) sopra uno stesso immobile situato in Italia; il prestatore che era primo in ordine di data, trascurò di far iscrivere l'ipoteca conformemente alla legge italiana; il secondo vi si uniformò, e quantunque avesse notizia della convenzione seguita antecedentemente fra il suo debitore e l'altro creditore, provocò a proprio

(1) § 17. — (2) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 380-4.

favore la iscrizione della ipoteca. Il primo reclamò presso la corte dicendosi leso nei propri diritti acquisiti, ma la corte dichiarò che per decidere se e quando il secondo prestatore sia obbligato a cedere dinanzi al primo, fa d'uopo ricorrere esclusivamente alla legge della situazione della cosa. (1)

655. — Per effetto delle medesime ragioni sono efficaci nei riguardi di tutti, cittadini e stranieri, le regole vigenti nel paese dove la cosa è situata relativamente alla durata dell'iscrizione. In Italia l'iscrizione conserva l'ipoteca per trent'anni dalla sua data e l'effetto della iscrizione cessa se questa non sia rinnovata prima della scadenza del termine; la sola ipoteca della moglie conserva la propria efficacia, senza bisogno di rinnovazione, per tutta la durata del matrimonio e per un anno dopo il suo scioglimento; (2) il codice Napoleone non dispone specialmente per quest'ultimo caso trattandosi di un'ipoteca ch'esso aveva esentata del tutto dall'obbligo della iscrizione, e per le altre ipoteche stabilisce che (3) le iscrizioni conservino l'ipoteca per il corso di dieci anni dal giorno della loro data; quest'ultimo termine è pure stabilito dal diritto austriaco. (4)

In Spagna le ipoteche conservano la propria efficacia rispetto ai terzi finchè non siano state radiate dal registro, (5) nè, per quanto riguarda la loro graduazione, conosco disposizioni che esigano la rinnovazione per conservarla; ed anche in Germania, ed in Polonia secondo la legge del 1818 prevale il concetto della perpetuità dell'iscrizione. La durata di quest'ultima stabilita più breve o più lunga o riconosciuta perpetua cioè sussistente finchè dura o la cosa cui si riferisce od il diritto che si tratta di garantire, è determinata diversamente nei singoli Stati a seconda che vi prevale la sollecitudine o di facilitare le ricerche dei conservatori, che, date certe redazioni dei registri, sarebbero difficili per epoche molto remote; o quella di non turbare i diritti acquisiti compromettendoli per effetto della dimenticanza del termine assegnato alla rin-

(1) Norton c. Florence Land and Public Works Company. 16 Nov, 1877, Chancery Division. Westlake, casi di diritto internazionale pubblico e privato decisi dai trib. inglesi. *Revue de Dr. Int.*, vol. X, pag. 539-550.

(2) Art. 2001-4. — (3) Art. 2154.

(4) Patente sovrana del 19 Giugno 1826, § 13.

(5) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 276, 7 e 338, 342. Legge ipotecaria, art. 148, 156, 164.

novazione; o dal desiderio di conciliare l'uno scopo coll'altro. In ogni caso la determinazione di quella durata riguarda il regime della proprietà e l'assetto economico della società stessa, e le norme che la riguardano sono perciò assolutamente imperative in confronto di tutti su tutto il territorio.

656. — Altrettanto può ripetersi circa l'estensione del diritto d'ipoteca, cioè circa i beni del debitore cui s'intende che quel diritto si estenda, il modo secondo il quale quei beni ne sono gravati e la somma di garanzia che da questi deriva al creditore. Quanto ai beni, la pubblicità dell'ipoteca porta per conseguenza, dove essa sussiste come obbligatoria, la specialità del diritto stesso; questo non può valere cioè se non sopra beni specialmente indicati e per una somma determinata in danaro, trattisi di ipoteca legale, giudiziaria o convenzionale. (1) Il codice francese, pur ammettendo l'ipoteca generale nei riguardi delle parti, non la riconosce come perfetta ed opponibile ai terzi (2) se non dal giorno della iscrizione sui registri del conservatore e perciò dal giorno in cui l'iscrizione la abbia specializzata relativamente all'oggetto, eccettuate le ipoteche dei minori, degli interdetti e delle donne maritate, per le quali, non essendo richiesta la pubblicità, non risulta (3) come necessaria nemmeno la specialità.

Circa il modo di gravare i beni, l'ipoteca può essere divisibile od indivisibile; cadere cioè sulla totalità di ciascuno degli immobili ipotecati o frazionarsi fra essi. Secondo il diritto italiano (4) e quello francese (5) essa è indivisibile e sussiste per intero su tutti i beni vincolati, su ciascuno di essi e su ogni sua parte. Così la legge ipotecaria spagnuola (6) dispone che l'ipoteca sussista interamente, finchè non venga del tutto estinta, sulla totalità dei beni ipotecati, nonostante la riduzione dell'obbligazione garantita, e su tutto quanto resta di quei beni nel caso che una parte ne fosse perita. Se un fondo ipotecato si divide fra due o più proprietari, il credito non subisce verun frazionamento proporzionale, se non sia avvenuto un accordo fra creditore e debitore. (7) Se il primo consente a frazionare il credito, si formano tante nuove ipoteche quante sono le frazioni del credito primitivo; se non vi

(1) Cod. civ. ital., art. 1965.
(2) Art. 2134. — (3) Art. 2135. — (4) Art. 1964.
(5) Art. 2114. — (6) Art. 122. — (7) Art. 123.

consente, può chiedere il rimborso di tutto il credito garantito su ciascuna delle parti nelle quali fu diviso l'immobile ipotecato o su tutte contemporaneamente. Però quando alla garanzìa di uno stesso credito si destinano parecchi immobili, sarà lecito determinare per quale parte ciascuno di quelli concorra alla garanzìa del credito, e, quando sia stata precisata questa parte nella iscrizione, il creditore non potrà rivalersi su ciascun immobile in quanto riguarda i terzi se non per la concorrenza del valore assegnato restando sempre libero nei riguardi del debitore di rivalersi su tutti gli immobili per tutta l'iscrizione, senza che quest'ultimo possa opporgli veruna eccezione. Nella stessa guisa il codice portoghese dispone (1) che la ipoteca è di sua natura indivisibile; sussiste su tutti e su ciascheduno dei fondi ipotecati e su ciascuna delle parti in cui possano essere divisi, salvo il caso che venga designata nel competente titolo costitutivo della ipoteca la parte del fondo o dei fondi che ne sarà gravata.

In Germania, per assicurare maggiormente tale indivisibilità, la legge bavarese del 1822 interdiceva al debitore la vendita frazionata dell'immobile ipotecato; nella maggior parte delle altre leggi questa facoltà non gli è negata, ma il creditore conserva, nonostante il frazionamento, il diritto di esigere il rimborso del proprio credito nel suo complesso sulla totalità dell'immobile gravato; e per applicazione dello stesso principio, gli spetterebbe il medesimo diritto, quando più immobili distinti fossero stati ipotecati originariamente per garanzia d'un medesimo credito. (2) Secondo il codice di Zurigo i proprietari delle diverse parti sono anche tenuti in solido verso il creditore, salvo il ricorso di quello che avesse estinto del tutto il debito verso gli altri comproprietarî.

In Russia il principio della indivisibilità non è ammesso quando si tratta di più immobili distinti destinati alla garanzia del medesimo credito; in tal caso il debito si fraziona proporzionatamente fra i varî immobili, per ognuno dei quali deve redigersi un atto d'impegno speciale indicante quale frazione di debito ne sia garantita. Le parti possono bensì far redigere un atto unico e generale, ma sempre alla condizione d'indicarvi con precisione alla garanzìa di quale parte del debito ciascun immobile sia special-

(1) Articolo 893.

(2) Legge pruss. 42, ap. Lehr, *Dr. Germanique*, pag. 147, 8.

mente destinato; ed i tribunali ed i pubblici ufficiali incaricati di redigere i documenti ipotecari devono rifiutare la propria omologazione a quegli atti nei quali tale regola non fosse stata osservata. (1)

La somma di garanzìe che derivano al creditore dall'ipoteca, può variare a seconda delle proporzioni in cui gli è consentito di domandare più di quanto importa la semplice somma di denaro per cui l'ipoteca trovasi iscritta, ed a seconda che egli può esercitare la propria azione in condizioni più o meno vantaggiose. Secondo il codice italiano (2) l'iscrizione del credito serve a far sì che lo stesso grado di preferenza spettante a quello, competa anche alle spese dell'atto, a quelle dell'iscrizione e rinnovazione ed a quelle ordinarie che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione; e l'iscrizione di un capitale che produca interessi, se la misura di questi vi sia enunciata, basta a far collocare allo stesso grado gli interessi che, al giorno della trascrizione del precetto, siano dovuti per le due annate anteriori e quella in corso, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari ottenute per maggiori arretrati dovuti, le quali ultime producono effetto dal giorno della loro data. Le parti possono inoltre con patto espresso estendere la ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiori quando ne sia presa la corrispondente iscrizione. Il codice francese (3) e la legge polacca (4) sono analoghi al nostro nelle disposizioni corrispondenti alle due prime ora citate. Anche la legge ipotecaria spagnuola (5) limita a due anni antecedenti alla domanda ed a quello in corso il periodo di interessi che deve intendersi garantito dall'ipoteca; se il creditore vuol ottenere garanzìa per gli interessi d'un più lungo periodo di tempo, può, quando gli interessi da tre anni non vengano pagati, esigere dal proprio debitore la costituzione di una nuova ipoteca speciale che colpisce, entrando nella graduazione dalla propria data, gli stessi beni per tutta la parte di interessi che non è garantita dalla ipoteca relativa al capitale. (6) Se poi i fondi ipotecati non appartengono al debitore, ma ad un terzo, il creditore non ha diritto di esigervi una ipoteca supplementare per interessi arretrati. In Por-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 343.
(2) Art. 2010. — (3) Art. 2151. — (4) Art. 70.
(5) Art. 114. — (6) Art. 115.

togallo l'ipoteca (1) relativa ad un credito producente interessi si estende a quelli maturati nell'ultimo anno ed in quello in corso indipendentemente da una speciale registrazione, mentre gli interessi relativi agli anni antecedenti sono garantiti da ipoteca come crediti distinti, se sono stati registrati come tali. Lo stesso codice comprende fra gli accessori dell'ipoteca (2) le indennità pagate dagli assicuratori, d'accordo in ciò col diritto spagnuolo (3) e colla legge ipotecaria belga; (4) mentre sotto l'impero del codice Napoleone (5) anche i magistrati belgi s'erano pronunciati contrariamente a tale diritto dei creditori ipotecari.

657. — Per determinare nei rapporti di diritto internazionale privato tutte queste conseguenze dell'ipoteca, non si può ricorrere ad altra legge all'infuori di quella cui spetta determinare le condizioni di esistenza della ipoteca stessa. Quando infatti vi sia dissidio circa la legge che deve regolare l'esistenza d'un rapporto giuridico, può sorgere incertezza su quella che deve regolarne il modo di esistere, ma quando, come in questo caso, una legge sia universalmente riconosciuta come atta a determinarne le condizioni della esistenza, a quella incombe fuori d'ogni dubbio anche la determinazione del modo di questa e della maggiore o minore comprensività di conseguenze che debba venirle attribuita. Analizzati così tutti gli elementi dell'istituto dell'ipoteca rispetto ai quali non esistono conflitti fra i criteri di diritto internazionale privato accolti nelle leggi dei varí paesi, ma queste armonizzano nel riconoscimento e nell'applicazione del criterio della territorialità, risulta chiaramente definito qual campo limitato di elementi e di rapporti resti, in quanto riguarda il regime dell'ipoteca, suscettibile di conflitti.

Ed anzi tutto la capacità personale di chi esercita o subisce il diritto di ipoteca. Rispetto a quella gli stranieri possono venir esclusi del tutto dall'esercizio dell'ipoteca legale, oppure esservi ammessi, come a tutti gli altri diritti civili, alle stesse condizioni dei cittadini ed a tale discrepanza si riferisce quanto abbiamo detto parlando della condizione degli stranieri. (6) Oppure, nel caso in cui gli stranieri siano in genere ammessi all'esercizio di questo

(1) Art. 900 e §. — (2) Art. 891.
(3) Lehr, l. c., pag. 297. — (4) Art. 10.
(5) Laurent, vol. VII, pag. 508.
(6) Vedi pag. 231, 2 e vol. II, parte I, pag. 193 e segg.

come degli altri diritti civili, la loro capacità personale può venire apprezzata secondo le leggi cui personalmente trovansi soggetti o secondo quelle del paese dove l'immobile è situato, e di questo conflitto abbiamo parlato esponendo quella diversità di limiti che si riscontra ancora nelle varie leggi al riconoscimento estraterritoriale degli effetti del diritto personale sullo stato e sulla capacità degli individui. (1)

Ma per quanto si riferisce alle cause di ipoteca i diritti vigenti in tutti i paesi civili sono d'accordo nel ritenere che esse non possano eccedere in alcun paese quelle determinate dalla legge della situazione della cosa. Rispetto all'ipoteca legale però, tali cause, ammesse dalla legge della situazione della cosa, saranno imperative nei riguardi degli stranieri anche quando taluna di esse non fosse contemplata dalla loro legge personale? E circa l'ipoteca giudiziale e convenzionale, pur restando nei limiti delle cause determinate dalla legge territoriale, corrisponderà ad identità di cause l'identità degli effetti quando quelle cause si verifichino fuori del territorio? Sia pur nei limiti assegnati rispettivamente alla stessa causa dalla legge territoriale, le sentenze di tribunali stranieri e le convenzioni stipulate all'estero produrranno, verificandosi le stesse condizioni, i medesimi effetti delle sentenze pronunciate e delle convenzioni stipulate nel territorio? La prima questione si collega con quella dell'esecuzione delle sentenze straniere, la seconda collo statuto degli atti. (2) L'articolo 2128 del codice francese dispone che i contratti fatti in paese estero non possano produrre ipoteca sui beni esistenti in territorio francese, ma è fatta eccezione per gli atti provenienti da quei paesi che siansi assicurata quella esecuzione mediante trattato, come l'Italia per effetto della convenzione franco-sarda del 1760 (3) e la Svizzera del trattato del 1869. Il codice civile italiano (4) dichiara invece sufficiente che gli atti seguiti in paese estero presentati per l'iscrizione siano debitamente legalizzati; la legge belga del 1851, (5) dispone che le ipoteche consentite in paese straniero abbiano effetto sui beni situati in Belgio quando gli atti che ne contengono la stipulazione abbiano ottenuto il visto del presidente del tribunale del luogo dove tro-

(1) Vedi vol. II, pag. 266 e segg.
(2) V. Capo seguente. — (3) Art. 22, 1°.
(4) Art. 1990. — (5) Art. 77.

vansi i beni, che lo accorda quando essi rispondano a tutte le condizioni necessarie alla loro autenticità secondo le leggi del paese della stipulazione. Così dispone pure il codice civile della Rumania. (1)

Anche fra le leggi che ammettono a produrre effetto nel territorio l'ipoteca convenzionale costituita all'estero si distinguono poi quelle che, come l'italiana, oltre alla garanzia richiesta della legalizzazione, non fanno, rispetto alla forma dell'atto costitutivo di quelle, eccezione alla regola *locus regit actum*; da quelle che richiedono anche negli atti seguiti in paese estero, senza preoccuparsi delle norme colà vigenti, le stesse forme solenni volute negli atti seguiti nel territorio. (2) Alle difficoltà che potrebbero derivare da tale esigenza e dalla eventuale impossibilità di corrispondervi, ripara però in gran parte l'autorizzazione che varie leggi e molte convenzioni concedono agli ufficiali consolari di ricevere atti stipulati anche fra stranieri e relativi ad immobili situati nel territorio dello Stato da cui quelli dipendono. (3)

Tutte tali considerazioni si possono riassumere enunciando le regole di diritto internazionale privato che riguardano le cose immobili considerate in se stesse come oggetti di diritto e di trasmissione. Esse formano la base materiale di quei rapporti giuridici rispetto ai quali sorgono tanti conflitti nel campo del diritto internazionale privato. La capacità a possederle ed a trasmetterle, l'indole dell'atto che può costituire il mezzo della loro trasmissione; le cause legali del loro passaggio dalla proprietà dell'uno alla proprietà dell'altro; regolate diversamente nei diritti interni dei singoli Stati, danno luogo, circa l'azione estraterritoriale di tali varie norme, a criterî diversi di diritto internazionale privato da cui scaturiscono i conflitti che ci hanno già occupato (4) e quelli di cui dovremo ancora parlare. Ma se si considerano le cose in se stesse e nella loro suscettibilità all'azione giuridica dell'uomo, un vasto campo si schiude ch'è inaccessibile ai conflitti ed è tutto, per consenso unanime di tutti i legislatori, dominato dalla territorialità. La distinzione delle cose in mobili ed immobili, in commercio ed estracommercio, il concetto di proprietà e la somma di diritti che devono intendervisi

(1) Art. 1773. — (2) V. Capo seguente.

(3) V. legge consolare ital. art. 41. e trattato fr.-it. del 26 Luglio 1862, art. 8 — (4) V. pag. 199 e segg. e vol. II. pag. 240 e segg.

compresi, l'ammissione o la non ammissione dell'occupazione, l'ammissione ed i limiti della prescrizione e della espropriazione, le modalità necessarie perchè la trasmissione delle cose sia opponibile ai terzi, l'ammissione di determinati diritti reali e la loro definizione specifica, l'esistenza dei privilegi, l'idoneità delle cose ad essere gravate da ipoteca, il genere delle cause da cui questa può derivare, le condizioni di pubblicità perchè questa sia perfetta, la graduazione che ne deriva fra i creditori, la durata della prelazione da essa risultante, le conseguenze che da questa derivano in caso di esecuzione, son tutti elementi regolati esclusivamente, secondo i criteri di diritto internazionale ammessi dovunque, dalla legge della situazione della cosa.

658. — Ora resta a vedere se ed in quale misura regole diverse di diritto internazionale privato governino le cose mobili considerate in se stesse ed in quanto si riferisce alla misura in cui sono suscettibili di diritti e della azione giuridica dell'individuo.

Secondo il diritto degli Stati Uniti i mobili seguono la persona nel senso che si ha riguardo al diritto di questa per giudicare della capacità a disporne e della validità degli atti coi quali ne dispone; ma, per quanto si riferisce alla cosa considerata in se stessa sotto quelli stessi rapporti nei quali abbiamo considerato finora gli immobili, quella norma del tutto relativa, quando ben la si esamini, a fatti di ordine personale, non contiene punto una eccezione alla regola generale secondo la quale ogni nazione nel territorio della quale si trova effettivamente una proprietà mobiliare esercita tutta la propria sovranità su quella proprietà finchè si trova nei limiti del territorio; sicchè i beni mobili che uno straniero importi in un paese, sono, finchè vi si trovano ed in quanto concerne il modo di acquistarli, di trasmetterli e di impegnarli, sottomessi alla legge del territorio dove quello straniero li ha trasportati. (1)

Il codice bavarese, (2) quello di Berna, (3) quello di Vaud (4) applicano nelle stesse proporzioni la legge della situazione alle cose mobili che alle immobili, e lo stesso principio prevale nel di-

(1) Green c. van Buskirk 9. Wallace U. S. Supreme Court Rep. 139 e Oliver c. Townes 2, Martin's Louisiana Rep. N. S. 93; Taylor c. Boardman 25 Vermont Rep. 581 e Field art. 571 n.

(2) Parte I, C. II, § 17.

(3) Art. 4. — (4) Art. 3, 8.

ritto spagnuolo, (1) in quello russo, (2) ed in quello del Chili (3) e tanto l'*avant projet* di revisione del codice belga compilato dal Laurent quanto quello della commissione parlamentare, ommisero ogni distinzione fra le norme di diritto internazionale privato da sancirsi relativamente ai mobili e quelle relative agli immobili, colla differenza che mentre il primo li equiparava nella soggezione alla legge personale disponendo: « Les biens meubles et immeubles, sont régis par la loi nationale de celui à qui ils appartiennent », il secondo li eguaglia nella territorialità disponendo: « Les biens meubles et immeubles, sont soumis à la loi du lieu leur situation *en ce qui concerne les droits réels dont il peuvent être l'objet;* les droits de créance sont réputés avoir leur situation au domicile du debiteur: toutefois, si ces droits sont réprésentés par des titres cessibles au moyen de la tradition ou de l'endossement, ils sont censés être au lieu où les titres se trouvent; lorsque, à raison du changement survenu dans la situation des biens meubles, il y a conflit de législation, la loi de la situation la plus récente est appliquée ».

Anche nel diritto inglese non è già dal punto di vista dal quale ora rivolgiamo le nostre considerazioni che ha importanza la distinzione fra cose mobili ed immobili; bensì da quello della capacità delle persone che agiscono su quelle e della validità intrinseca degli atti che vi si riferiscono; ma l'indole delle cose mobili considerate in se stesse, la loro suscettibilità di diritti reali, il modo necessario perchè sia perfetta la loro trasmissione ed il loro impegno, soggiacciono egualmente alla legge territoriale. Così il giudizio *in rem* di un tribunale della situazione è assoluto nei riguardi della proprietà di una cosa mobile, ed, in mancanza di giudizio, i trasferimenti, gli acquisti di proprietà ed i diritti reali sui mobili sono retti dalla legge della situazione, ritenendosi equivalente rispetto ai crediti il fòro del debitore alla situazione. Anche quando l'estraterritorialità dello statuto personale sia ammessa e riconosciuta in una successione, un fallimento, un matrimonio, *devesi egualmente soddisfare alla lex situs*, per farsi inve-

(1) Torres Campos, Principios de Derecho Int. Privado, Madrid, Arranje e C., 1883, cap. II.

(2) Risposte al questionario dell'Istituto di diritto internazionale, *Rev. de Dr. Int. Privé*, vol. VII, 1875, pag. 392 e segg. e 467-474.

(3) Fabrés, l. c., pag. 298.

stire della proprietà dei mobili compresi nella massa ed ottenere i frutti. (1)

In Italia vien fatta apparentemente distinzione fra i mobili e gli immobili dalla disposizione del codice secondo la quale i primi sono soggetti alla legge della nazione del proprietario salve le contrarie disposizioni di legge del paese nel quale si trovano, mentre gli immobili sono soggetti alle leggi del paese dove sono situati. (2) Il codice austriaco (3) e quello prussiano (4) hanno analoghe disposizioni. Il codice francese, (5) quello neerlandese (6) e quello polacco (7) sanciscono la territorialità per gli immobili senza una disposizione particolare che riguardi i mobili. Ma chiunque consideri con cura il valore di tali disposizioni, facilmente si avvede come nè queste ultime, nè quelle stesse che distinguono espressamente fra i mobili e gli immobili, estendano gli effetti di tale distinzione al campo di quei diritti e di quei rapporti riguardanti principalmente le cose in se stesse, che abbiamo fino ad ora esaminato.

Quella distinzione significa che nel sistema di diritto dal quale è rispettivamente adottata, la legge territoriale eserciterà maggiore o minore influenza anche sulla capacità delle persone e sulla validità intrinseca degli atti che si riferiscono ad immobili, non già che, per quanto si riferisce alla cosa in se stessa ed ai diritti cui può essere soggetta ed al modo secondo il quale quei diritti possono colpirla, i mobili siano meno soggetti degli immobili alla legge territoriale. E nel sistema italiano quella distinzione piuttostochè estendere fino al campo di questi rapporti esclusivamente relativi alla cosa in se stessa la personalità delle cose mobili, riafferma come principio generale e direttivo per gli immobili una maggiore influenza della legge territoriale con una disposizione che del resto rimane poi neutralizzata dalle altre regole relative alla capacità, ai rapporti di famiglia, alle obbligazioni ed alle successioni. È dunque una distinzione superflua: poichè d'un lato per tutti i rapporti obbligatorî e di famiglia interessanti stranieri la dottrina di diritto internazionale privato accolta negli altri articoli del nostro codice impone la prevalenza della legge personale non meno in quanto abbiano per oggetto immobili che in quanto si riferiscano

(1) Pavitt. *De la compétence des Cours Anglaises*, e Westlake; Priv. Int. Law. § 57, 126, 140, 1, 2, 3.

(2) Art. 7. Tit. Prelim. — (3) § 300.

(4) § 23, 28. — (5) Art. 3. — (6) Art. 3. — (7) Art. 7.

a mobili; e dall'altro lato per quanto si riferisce ai caratteri delle cose considerate in se stesse ed alla perfezione dei diritti costitutivi e della loro trasmissione che la regola di territorialità espressamente enunciata nei riguardi degli immobili, sia per comune consenso efficace anche nei riguardi dei mobili, apparisce chiaramente a chiunque ripeta rapidamente per questi ultimi l'esame fatto per quelli.

659. — Ed anzitutto la suscettibilità di una cosa mobile ad essere oggetto di commercio, è regolata non già dal diritto della persona che la possiede e che voglia trasmetterla, ma da quello del luogo dove la cosa si trovi, qualunque sia la legge del proprietario originario e del luogo dove originariamente la cosa si trovava. Così decise il tribunale civile della Senna a proposito di un oggetto venduto in Francia cui si pretendeva di applicare una regola d'inviolabilità contenuta nel diritto spagnuolo. (1) Il Barone Pichon aveva comperato a Parigi da certi spagnuoli un vaso d'argento; il Duca di Frias pretendeva che quel vaso non fosse se non un ciborio appartenente alla cattedrale di Burgos e come tale inalienabile secondo il diritto spagnuolo, ma il tribunale giudicò che non vi fosse luogo « de rechercher si, d'après la loi espagnole, l'objet revendiqué par le Duc de Frias était affecté, en tant que vase sacré, d'un caractère indélébile qui entrainerait l'indisponibilité absolue lors même qu'il aurait cessé d'être consacré aux usages du culte, ou s'il ne pouvait pas devenir aliénable dans certains cas déterminés; qu'il importe peu également que, suivant les conditions expresses de la donation de 1610, cet objet ne doit être en aucun cas, ni sous aucun prétexte aliéné par le monastère de Santa Clara; et, qu'il n'échet davantage d'examiner si l'indisponibilité perpétuelle dont il était frappé, fût-elle conforme au droit espagnol, ne serait pas en opposition avec un principe essentiel de droit français; et que l'article 3 de code civil en soumettant à la loi française tous les immeubles possedés par des étrangers sur le sol français, n'à pas sommis necessairement à la loi étrangère tous les meubles que les étrangers possedent en France; » dichiarò inapplicabile la legge spagnuola a giudicare in Francia della alienabilità od inalienabilità del vaso contestato.

(1) Tribunale Civile della Senna 1. C. 17 Aprile 1885, Duc de Frias c. Baron Pichon, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 593-6.

La determinazione di quali cose mobili possano venir acquistate mediante l'occupazione, dipende unicamente dalla legge del luogo dove le cose si trovano. Il codice austriaco (1) ed il codice italiano (2) sono concordi nel non ritenere abbandonato e passibile di occupazione lo sciame d'api quando non siano trascorsi due giorni da che il proprietario dell'alveare non li ha inseguiti; ma per gli animali mansuefatti il codice austriaco stabilisce il termine di quarantadue giorni di spontanea lontananza come quello oltre il quale diventano passibili di occupazione come cose abbandonate, mentre secondo il codice italiano basta che non siano stati reclamati durante venti giorni, e vi si aggiunge anche (3) che i colombi, i conigli ed i pesci che passano ad altra colombaja, conigliera e peschiera, vengono acquistati dal proprietario di queste quando non vi siano stati attratti con arte o con frode. Se uno di questi animali passasse da una casa posta in territorio austriaco, ad una situata in territorio italiano, esso sarebbe tosto acquistato dal proprietario di quella; se un animale mansuefatto invece passasse dal territorio italiano a quello austriaco, esso potrebbe venir reclamato finchè non fossero trascorsi quarantadue giorni da che si è allontanato.

Lo stesso dicasi del tesoro trovato. In Italia esso apparterrà (4) al proprietario del fondo dove lo si rinviene; se è trovato per caso sul fondo altrui, spetta per metà al proprietario e per metà al ritrovatore; il codice austriaco invece lo vuole diviso in tre parti eguali: una attribuita allo Stato, una al ritrovatore ed una al proprietario del fondo; (5) secondo il diritto russo esso appartiene al proprietario dell'immobile senza distinguere se fu scoperto da lui o da altri; nei governi di Tchernigoff e di Poltava, in Polonia, nelle Provincie Baltiche e nella Spagna quando fu scoperto nel fondo altrui si divide a metà fra il proprietario e l'inventore; (6) il diritto portoghese tutela anzitutto i diritti del proprietario originario del tesoro; con disposizioni più determinate di quella garanzìa vaga che risulta dalla legge nostra, nella definizione stessa del tesoro; e non dichiara questo occupabile se non quando apparisca che stava nascosto da più di trent'anni o quando, annunciata la scoperta, passino due anni senza che si presenti chi

(1) § 384. — (2) Art. 713. — (3) Art. 462.
(4) Art. 714. — (5) § 399.
(6) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 240, 1 e *Dr. Civ. Esp.*, pag. 20-8-9.

lo reclami; in tali casi la cosa spetta al proprietario del fondo se fece personalmente la scoperta, e, se la fece un altro, per un terzo a quest'ultimo e per due terzi al proprietario; (1) il codice della Luisiana invece (2) preferisce in tal caso la divisione per metà.

In Inghilterra al contrario il tesoro è devoluto alla corona con esclusione dell'inventore che sarebbe passibile di prigionia e di ammenda se cercasse di impossessarsene. I soli oggetti trovati alla superficie del suolo possono appartenere all'inventore salvo i diritti del legittimo proprietario; ma sono assimilati al tesoro ed attribuiti, anzichè al possessore del suolo, alla corona, gli animali domestici, bestie cornute, montoni e cavalli trovati erranti in un fondo ed il cui proprietario sia ignoto; a questo è riservato il termine di un anno ed un giorno per ricuperarli, ma a chi li trova non è attribuito alcun diritto. (3) Nè le leggi del paese a cui appartengono le persone interessate, nè quelle del paese dove originariamente si trovava la cosa, hanno alcuna influenza sulla scelta di queste regole da applicarsi in ogni singolo caso concreto; la sola legge della situazione attuale della cosa impera, ed impera in modo assoluto.

660. — Nè diversamente avviene per la prescrizione e per la rivendicazione. Il codice francese ammette il principio secondo il quale riguardo ai mobili il possesso produce lo stesso effetto del titolo; (4) ciononostante colui che ha perduto o che fu derubato di qualche cosa, può reclamarla durante tre anni; ma se l'attuale possessore della cosa rubata o perduta l'ha comperata in una fiera od in un mercato nell'occasione di una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose, il proprietario originario non può farsela restituire se non che rimborsando il possessore del prezzo che ha pagato per procurarsela. (5) Il codice italiano (6) sancisce lo stesso principio circa l'effetto del possesso delle cose mobili; ma assegna il termine di due anni (7) alla prescrizione dell'azione del proprietario o possessore della cosa mobile per riavere la cosa perduta o rubata. Il codice portoghese invece sancisce per tutte le cose mobili, possedute anche in buona fede e con giusto titolo, la necessità della prescrizione di tre anni perchè il possesso si tra-

(1) Cod. Port., art. 422-5. — (2) Art. 3412-3425.
(3) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 135, 6.
(4) Art. 2279. — (5) Art. 2280. — (6) Art. 707, 8.
(7) Articolo 708, 2146.

sformi in proprietà; il termine è di dieci anni se il possesso non è di buona fede e con giusto titolo. (1) Se poi trattasi di cose perdute o rubate passate ad un terzo di buona fede, la prescrizione si compie nel termine di sei anni. (2) Il termine normale di tre anni è stabilito anche dal diritto spagnuolo; (3) ed il principio dell'usucapione dei mobili è pure ammesso nel diritto germanico. (4) Tutte queste varie regole imperano in modo assoluto nel rispettivo territorio sull'acquisto della proprietà delle cose mobili e sulla possibilità di rivendicarle, per solo effetto del trovarsi la cosa mobile di cui si tratta sul territorio dove la legge che rispettivamente sancisce quelle regole è in vigore.

Se dunque taluno volesse rivendicare una cosa mobile in Francia od in Italia, non potrebbe invocare la legge portoghese od austriaca o baltica per far eccezione alla regola colà imperante secondo la quale il possesso equivale al titolo. Se si trattasse di cosa perduta o rubata il rivendicante non potrebbe invocare la legge francese in Italia per accampare la prescrizione dopo trascorso un biennio; nè il possessore potrebbe invocare la legge italiana in Francia per far eccezione alla rivendicazione avvenuta dopo il biennio, ma prima dello spirare del terzo anno. Se infine un prussiano (5) volesse rivendicare una cosa mobile davanti un tribunale italiano o francese, la sua rivendicazione o non potrebbe essere ammessa del tutto, o potrebbe essere ammessa soltanto nel termine di due anni a seconda delle norme sancite dal diritto italiano o francese. Il tribunale della Senna (6) applicò appunto tali principì alla rivendicazione tentata dal duca di Frias contro il barone Pichon, dichiarando che ogni eccezione sollevata contro il possesso di quest'ultimo, doveva cedere davanti alla regola di diritto francese secondo la quale il possesso di buona fede equivale al titolo. E la corte di cassazione applicò nello stesso senso la legge francese del 15 Giugno 1872 sui titoli al portatore, dichiarando che le sue disposizioni relative alla rivendicazione in Francia

(1) Articolo 532.

(2) Articolo 533.

(3) Lehr, *Dr. Civ. Esp.* pag. 220, 1.

(4) Cod. austr. § 1466. Diritto prussiano 10 anni. Diritto Curlandese; diritto di Livonia ed Estonia un anno e un giorno.

(5) Savigny, vol. VIII, pag. 347, 8.

(6) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 593-6.

dei titoli al portatore colpiti da opposizione, sono applicabili non meno ai valori stranieri che a quelli francesi. (1)

Da tutto ciò deriva che se un mobile vien trasportato da un paese ad un altro, il mutamento di situazione importa mutamento di legge applicabile all'esercizio del possesso e della rivendicazione, rispetto alla quale la sola legge applicabile è quella in vigore nel territorio dove il mobile si trova al momento del litigio. (2)

A più forte ragione la sola legge della situazione della cosa può decidere della possibilità e della legalità della esecuzione sulla cosa stessa. Talora questo principio fu mantenuto anche nel caso di un creditore che aveva ottenuto mediante l'astuzia lo spostamento della cosa che intendeva colpire. (3) Un creditore del Kentucky aveva mediante uno stratagemma persuaso il proprio debitore appartenente allo stesso paese di passare colla propria vettura e col proprio cavallo nello Stato del Tennessee, dove le leggi permettono il sequestro di quelle cose che è proibito dalla legge del Kentucky. Ottenuto colà il pagamento del proprio credito, egli si vide al ritorno citato dal debitore per risarcimento e venne condannato dal tribunale di prima istanza; ma la corte d'appello giudicò irregolare quella sentenza ritenendo giusta l'applicazione della legge territoriale. Così la corte d'appello di Bruxelles (4) giudicò che i mobili appartenenti a stranieri e sequestrati in Belgio deb-

(1) C. di cass. fr. 13 febbraio 1884, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 75.

(2) Vincent, De l'application des dispositions de la loi fr. aux négotiations à l'étranger de titres au porteur perdus ou volés. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 676-683. Secondo l'articolo 123 del Regolamento dello Stock Exchange di Londra chi ha perduto o fu derubato di un titolo al portatore non ha il diritto di rivendicarlo dal possessore di buona fede che lo ha acquistato alla Borsa; ma si fa eccezione a questa regola in favore dei valori egiziani e francesi che possono essere restituiti al venditore quando vi sia stato avviso ufficiale di opposizione; senza dubbio tale eccezione è estesa agli altri Stati che hanno leggi analoghe; e si conciliano colla dottrina della territorialità ritenendo che la situazione dei crediti sia al domicilio del debitore. V. Legge greca del 7 Agosto 1884, sulla rivendicazione dei titoli al portatore, ammessa in caso di furto o di perdita contro chi li ha trovati, rubati, estorti o ne divenne possessore conoscendone l'origine, nel *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 510, 1.

(3) Corte d'app. del Kentucky, Ottobre 1880, Wood c. Wood, Albany Law Journal, vol. 22, pag. 456.

(4) 27 Dic. 1879, Pasicrisie, 1880, II, pag. 109 e segg.

bano venir retti dalla legge belga e che il creditore privilegiato straniero non possa reclamarvi un diritto di preferenza non sancito dalla legge territoriale, nemmeno in confronto degli altri creditori suoi connazionali. (1)

661. — Per quanto riguarda le condizioni di esistenza e le conseguenze di una garanzìa acquistata sulla cosa mobile, non è una eccezione alla regola della territorialità la prevalenza della legge della bandiera riconosciuta circa gli impegni relativi alle navi. Tale prevalenza fu riconosciuta negli ultimi tempi anche dalla corte d'appello d'Inghilterra a proposito di una nave italiana il « Gaetano e Maria », che era stata noleggiata a Londra da una casa inglese per un viaggio da Nuova York a Londra. Il capitano aveva dovuto contrarre un prestito a cambio marittimo alle isole Azzorre, per riparare le avarie impegnando la nave, il nolo ed il carico; secondo la legge inglese quel prestito non poteva impegnare la nave ed il carico se non ne fossero stati fin da principio avvertiti i proprietarî; secondo la legge italiana quelle conseguenze derivavano dal prestito senza tale condizione. I proprietari del carico domandarono in Inghilterra l'applicazione del diritto inglese; i creditori quella del diritto italiano; sir Roberto Phillimore decise in favore dei primi, ma la corte d'appello ne infirmò la sentenza ed i lords giudici Brett e Cotton riconobbero che i diritti del capitano sul carico derivano soltanto dal fatto che quello trovasi a bordo della sua nave, e che i suoi diritti su questa derivano dalla nazionalità della nave stessa; sicchè tale nazionalità deve regolare l'esistenza e l'estensione dei diritti reali costituitivi. Ora la ragione di tutto ciò deriva appunto dal considerare la nave come una parte del territorio di quel paese di cui essa porta la bandiera. (2)

Rispetto alle cose mobili in genere, a costituire il pegno il diritto francese riconosce necessarî due elementi: la consegna, al creditore o ad un terzo scelto dalle parti, dell'oggetto dato in pegno, e la riduzione dell'atto costitutivo di pegno in iscritto e la sua registrazione ogniqualvolta l'oggetto abbia un valore eccedente

(1) V. anche Tribunale di Commercio di Rouen, 2 Marzo 1885, Depeaux c. Stevenson, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 427-430. Brocher, Commentaire, pag. 36-43, e Daireaux, l. c., pag. 295, per il diritto argentino.

(2) Alexander, De l'application de la loi du pavillon par la jurisprudence anglaise, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 141-3.

centocinquanta lire. (1) Il codice italiano riproduce le stesse disposizioni, ma riconosce il pegno come validamente costituito mediante la sola consegna dell'oggetto quando il valore di questo non ecceda le cinquecento lire. (2) Il codice portoghese (3) riconosce la validità del pegno fra le parti per solo effetto della consegna; ma perchè esso sia efficace anche nei riguardi dei terzi, ritiene necessario che risulti da un atto autentico od autenticato la somma dovuta e la specie e la natura dell'oggetto pignorato. Secondo il diritto russo non è essenziale all'esistenza del pegno la consegna dell'oggetto, ma il creditore può rinunciarvi. Nei paesi retti dal diritto romano il diritto di pegno diventa un diritto reale in confronto di chichessia per effetto del semplice contratto non seguito da tradizione.

Ora in ciascun paese sarà impossibile costituire validamente o far valere un pegno, la cui costituzione non corrisponda alle norme sancite dalla legge che vi è in vigore. Due persone personalmente soggette al diritto russo od al diritto romano non potranno costituire validamente un pegno senza la consegna dell' oggetto pignorato, in Italia, od a Brema dove la consegna è essenziale, senza veruna eccezione, alla costituzione del pegno; (4) ma potranno costituirlo così due italiani in Russia od in una parte della Germania retta dal diritto romano; un pegno costituito in Italia secondo le regole del diritto romano potrà farsi valere nei paesi dove questo è in vigore, se vi si trovi la cosa, come un pegno valido; ed un pegno costituito in Francia di oggetti non superanti il valore di cinquecento lire potrà esser fatto valere su tali oggetti situati in Italia ancorchè non fosse stato accompagnato alla sua origine in Francia da atto pubblico o da scrittura privata debitamente registrata. (5)

662. — La trasmissione di cose mobili è perfetta secondo il diritto francese, quello italiano e quello portoghese (6) per effetto del solo consenso; il codice austriaco invece (7) stabilisce che il solo titolo non è sufficiente all'acquisto della proprietà e le cose

(1) Art. 2074, 6. — (2) Art. 1880. — (3) Art. 858.

(4) Trib. supr. anseatico, 26 Gennaio 1885, Mangold c. Koop; Beauchet, *Bulletin de la Jurisprudence Allemande*, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 632.

(5) Savigny, l. c., § 368.

(6) Art. 715. — (7) § 425.

mobili non possono trasferirsi se non colla tradizione materiale di mano in mano; e tale è pure il principio prevalente nel diritto germanico in genere e vigente nel diritto spagnuolo; (1) ed in quello delle Provincie Baltiche. Secondo il diritto inglese la tradizione è necessaria nella donazione, non lo è nell'alienazione per mezzo di atto scritto, e nel *contract of sale* non è necessaria per trasferire nell'acquirente la proprietà della cosa venduta quando la consegna di questa sia riservata se il valore dell'oggetto non ecceda dieci sterline, e quando vi sia un principio di esecuzione se ecceda quel valore.

Anche tali disposizioni hanno un impero assoluto nel rispettivo territorio dove trovasi la cosa di cui si tratta al momento della trasmissione; l'osservanza di quelle norme nel rispettivo territorio basta a costituire un diritto acquisito perfetto e rispettabile dovunque. Ed il loro impero è definito colle parole del Savigny: « se un parigino vende a Parigi ad un altro parigino, i propri mobili situati a Berlino, la proprietà non ne può venir trasferita se non mediante la tradizione; e se un berlinese vende ad un altro berlinese a Berlino i suoi mobili situati a Parigi la proprietà ne vien trasferita per effetto del solo contratto ». (2) A torto si sostiene l'inapplicabilità di tale regola di territorialità alle condizioni necessarie alla perfezione dell'atto di trasferimento dei mobili in quei paesi dove, come in Prussia, (3) si fa la distinzione fra i principî di diritto internazionale privato applicabili agli immobili e quelli vigenti sui mobili. La distinzione ha un valore, dovunque altre disposizioni non ne distruggano come in Italia gli effetti, in quanto riguarda la capacità delle persone in relazione ai beni, il loro titolo alla proprietà derivante da rapporti di famiglia, la validità intrinseca degli atti che si riferiscono alle varie specie di beni; ma quella distinzione è destituita d'ogni valore e non può effettivamente sussistere, in quanto si riferisce ai beni considerati in se stessi, alla loro suscettibilità ai diritti reali, al modo secondo il quale può essere valida la loro trasmissione. (4) Le regole relative a tuttociò sono, anche secondo il diritto dei paesi che fanno quella distinzione talora ambigua ed in alcuni sistemi di di-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 216. 7.
(2) L. c., § 367.
(3) C. Pr. § 38, Introd.; C. austr. § 300; C. italiano, art. 7, prelim.
(4) V. Suliotis, *De la condit. des étrang. en Roumanie*, l. c., pag. 434, 5.

ritto inutile e suscettibile di equivoche interpretazioni, essenzialmente territoriali. Lo riconobbe la giurisprudenza della corte imperiale tedesca (1) secondo la quale la trasmissione a titolo particolare del possesso e della proprietà dei mobili deve avvenire secondo la legge della loro situazione e non secondo quella del domicilio del loro proprietario.

663. — Vi sono dunque alcuni elementi, tanto nelle leggi che riguardano gli immobili come in quelle che riguardano i mobili, rispetto ai quali tutti i diritti positivi sono concordi nel riconoscere e nell'applicare, come norma di diritto internazionale privato, la prevalenza della legge territoriale. Rispetto a questo *fondo comune di territorialità* è dato constatare, nei rapporti di diritto internazionale privato, una perfetta armonia. Il guaio è però che, *oltre* a questo fondo comune di territorialità, i criteri di diritto internazionale privato, adottati dai varî Stati cessino di essere identici in quanto si riferisce alle persone ed ai loro rapporti giuridici nella loro relazione colle cose.

Alcuni sistemi di diritto, nel formulare le regole di diritto internazionale privato, non estendono oltre al minimo suaccennato l'impero della legge territoriale; altri distinguendo fra gli immobili ed i mobili, assoggettano quando si tratta di quelli in diversa misura alla legge che li governa anche la capacità ad esercitare i diritti di cui le cose sono suscettibili, i contratti e le successioni che abbiano per oggetto quei diritti e quelle cose.

Tre cause di prevalenza della legge territoriale s'incontrano nel diritto internazionale privato: la prima costituita dalle esigenze dell'ordine pubblico considerate come limite dell'azione estraterritoriale della persona e della legge personale; l'altra dalla legge delle cose considerate in se stesse; l'ultima dalla legge della cosa cui si vuol far cedere quella della persona circa la capacità e quella degli atti e dei titoli circa la validità. Rispetto al primo elemento variano i criteri di diritto internazionale privato cui s'ispirano i diversi Stati nel giudicarne i limiti, e nell'apprezzare la possibilità di una transazione sulla base del suo riconoscimento attivo e passivo. Rispetto al secondo la prevalenza della legge territoriale si riduce ad un minimo logicamente necessario e riconosciuto dovunque con generale armonia. Scopo del diritto internazionale sa-

(1) 15 Febbraio 1884, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 608.

rebbe quello di definire uniformemente le esigenze d'ordine pubblico che devono limitare l'estraterritorialità della legge della persona, rendendo possibile che, come tali quelle fossero riconosciute ed applicate dovunque; e di eliminare dovunque del tutto l'ultimo elemento di territorialità riducendo lo statuto reale propriamente detto alle sole norme relative al secondo degli elementi or ora accennati, cioè al minimo di quel fondo comune di regole ammesse dovunque come territoriali in quanto riguardano precipuamente le cose od il regime economico della proprietà. È perchè ancora nè il primo nè il terzo di quelli elementi poterono essere in tal guisa definiti, che come è complicato di variazioni e di conflitti il regolamento internazionale dello stato e della capacità della persona, altrettanto ne è complicato quello dei suoi atti giuridici.

XI

OBBLIGAZIONI.

664. Obbligazioni convenzionali; impero della lex loci contractus sulla forma: diritto italiano. — 665. Diritto francese, spagnuolo, portoghese, olandese, argentino, inglese. — 666. Progetto belga: divergenza dal codice italiano. — 667. Diversità d'influenza riconosciuta alla lex loci contractus circa il genere e circa la specie delle forme. — 668. Influenza della lex loci contractus sulla sostanza della convenzione e diversi limiti dell'autonomia di scelta concessa alle parti. — 669. La legge del contratto e la scelta delle parti. — 670. Gli effetti della lex loci contractus limitati dalla legge del fôro. — 671. Varia influenza della lex loci contractus sugli effetti, l'interpretazione e la prova della convenzione. — 672. Varî effetti della lex loci contractus circa la determinazione della capacità delle parti. — 673. Accordo circa una parte dell'influenza della lex loci solutionis. — 674. Conflitti circa un impero più vasto della stessa legge. — 675. Prevalenza riconosciutale per esigenze di ordine pubblico. — 676. Divergenze circa la misura degli interessi convenzionali. — 677. Interessi moratori. — 678. Accordo circa una certa influenza della lex rei sitae: conflitti circa una sua maggiore influenza. — 679. Influenza della legge personale delle parti circa il regolamento della forma. — 680. Divergenze circa l'essenza dell'obbligazione, e difficoltà di conoscere la legge straniera. — 681. Impero della lex fôri: accordo circa il suo impero nel determinare la competenza e le forme della procedura e della prova. — 682. Ed in relazione alle esigenze di ordine pubblico. — 683. Se siano da far valere anche le leggi politiche degli altri paesi. — 684. Giuoco: varie norme di diritto interno. — 685. Se si impongano al giudice, anche circa contratti fatti all'estero, come norme di ordine pubblico. — 686. Varie norme circa la misura degli interessi. — 687. Da che apparisca se una legge limitatrice degli interessi debba considerarsi in un paese come di ordine pubblico. — 688. Contratti fatti dove la legge impone agli interessi un limite che fu da quelli oltrepassato, ed eseguibili dove quel limite non esiste. — 689. Come giudicato nell'uno e nell'altro paese. — 690. Impero della lex fôri circa l'esecuzione in confronto delle persone. — 691. E circa quella sulle cose. — 692. Sequestrabilità della cosa determinata dalla legge della situazione ed accordi circa i battelli postali. — 693. Difficoltà di determinare il luogo del contratto fra assenti: diritti che lo ritengono compiuto al luogo dell'offerta. — 694. Diritti che preferiscono quello dell'accettazione e conflitti che ne derivano. — 695. Se il contratto per telefono debba considerarsi fra assenti. — 696. Necessità di provvedimenti che assicurino la buona fede nell'uso del telefono. — 697. Prescrizione: suo concetto: suo regolamento nelle leggi nostre, francesi e scozzesi. — 698. Suo regolamento secondo altre legislazioni. — 699. Soluzioni diverse circa la legge che debba definire il termine necessario per la prescrizione: legge del creditore, legge del debitore. — 700. Legge del luogo del contratto; legge del luogo dell'esecuzione — 701. Lex fôri. — 702. Legge personale più favorevole al debitore: quale sia la soluzione preferibile. — 703. Obbligazioni legali: seguono la sorte dei rapporti giuridici personali o reali di cui sono

sussidiarie. — 704. Quasi contratti. — 705. Prevalenza della legge del luogo del fatto che vi diede origine. — 706. Delitti e quasi delitti: varie disposizioni di diritto interno. — 707. Influenza della legge del fòro e della legge del fatto nel loro regolamento internazionale. — 708. Collisioni in alto mare: legge della bandiera. — 709. Lesione dei diritti d'autore e della proprietà industriale fuori del territorio dove gli uni o l'altra sono costituiti: Unioni formate per la garanzia collettiva di quei diritti. — 710. Cause di maggiori conflitti nel regolamento internazionale delle obbligazioni cambiarie. — 711. Aspirazioni alla formazione di un diritto cambiario uniforme.

664. — Nel regolamento totale o parziale, dal punto di vista dei rapporti internazionali, delle obbligazioni derivanti da contratto varie leggi possono essere prese in considerazione. Può aversi riguardo anzitutto alla legge del luogo del contratto; può badarsi al diritto del luogo dove questo deve essere eseguito, o al diritto personale delle parti; o finalmente alla legge del giudice che debba decidere una controversia a quello relativa. A giudicare dunque in qual misura i rapporti obbligatorî derivanti da contratto si prestino a far sorgere conflitti nelle relazioni di diritto internazionale privato, giova prendere brevemente in esame il campo d'azione assegnato a quelle diverse leggi secondo i principî di diritto internazionale privato adottati nei varî diritti particolari degli Stati, per poter così constatare in quanto questi combinino ed in quanto si allontanino l'uno dall'altro. E la legge del luogo del contratto devesi considerare distintamente sotto due punti di veduta, in quanto cioè governa le forme dell'atto stesso, ed in quanto può esercitare influenza sulla sua validità intrinseca, sulle sue conseguenze e sulle attitudini stesse personali delle parti che lo compiono.

Dal primo punto di vista si può dire che esista perfetta armonìa fra le dottrine di diritto internazionale privato adottate nelle varie legislazioni dei popoli civili; esse vanno d'accordo infatti nell'adottare in genere la massima *locus regit actum*, nel senso che l'osservanza delle forme, obbligatorie o lecite nel luogo del contratto, sia sufficiente a stabilire dovunque la validità estrinseca di questo. Sia questa regola di diritto internazionale privato ispirata dal concetto d'una sottomissione volontaria e tacita delle parti alla legge del luogo dove contraggono il rapporto obbligatorio; sia accolta come una conseguenza della difficoltà materiale che le parti trovano a conoscere e seguire una forma diversa da quella; sia infine fondata sulla competenza del diritto del luogo dove il con-

tratto si forma a regolare il modo esteriore del suo nascimento; ciò che importa al nostro assunto è d'un lato il constatare l'unanimità dei diritti positivi nella sua adozione come norma generale di diritto internazionale privato; e dall'altro il ricercare in quanto anche per ciò che riguarda le forme degli atti si faccia talora eccezione a quella norma dai diritti particolari in modo non identico ed in diversa misura.

Il nostro codice sanzionò quella massima disponendo che (1) le forme estrinseche degli atti sono determinate dalle leggi del luogo dove sono fatti, ed il Brocher, (2) lodando tale disposizione, afferma che quando fosse universalmente accettata, ne risulterebbe escluso ogni dubbio ed ogni occasione di conflitti circa le leggi che possono venir in concorso con quella del luogo dove l'atto si realizza. Tale opinione non pertanto è giusta solo in parte, poichè altre disposizioni dello stesso articolo pur si prestano a lasciar persistere taluno di quei dubbi. È poi naturale che di fronte ad una disposizione così chiara, e quando manchino le circostanze volute dalle disposizioni successive per far eccezione a quella regola, non possa sorgere nemmeno il dubbio più lontano che per gli atti fatti da nazionali all'estero si possa richiedere la dimostrazione della necessità per riconoscere anche in Italia come sufficiente l'osservanza delle forme prescritte dalla legge locale; (3) e che un atto fatto da stranieri all'estero nelle forme ammesse dalla legge italiana e diverse da quellé prescritte nel luogo del contratto, non potrebbe considerarsi in Italia se non come un atto nullo. Lo stesso principio fu sancito, con diversa espressione ma col medesimo concetto, dal codice di commercio (4) nell'applicazione del quale il magistrato italiano dovrà riconoscere come validi gli atti giuridici compiuti da stranieri all'estero secondo le forme prescritte dalla legge locale, e presumere, senza ulteriore esame, come validi quelli che furono da loro fatti coll'intervento delle autorità della loro nazione. Così il tribunale commerciale di Venezia decise che il prestito a cambio marittimo ottenuto da un capitano di naviglio estero fuori del regno da persona residente all'estero, vincolando la nave, il carico, ed il

(1) Art. 9 tit. preliminare.

(2) *Traité de Dr. Int. Privé*, C. III, b.

(3) Corte d'App. di Lucca, 11 Gennaio 1867, *Giurisprudenza di Torino*, An. IV, pag. 285.

(4) Art. 58.

nolo, debba, benchè la polizza di carico trovisi nelle mani di una ditta residente nel regno, essere regolato in quanto alla forma ed ai requisiti del contratto, dalle leggi e dagli usi del luogo dove venne conchiuso, e che, se quel prestito venne formalmente autorizzato dove fu conchiuso dall'autorità consolare della nazione cui il naviglio appartiene ed anzi il contratto fu fatto davanti a quella, debbasi ritenere fino a prova in contrario che siano state osservate le leggi e gli usi del luogo. (1) E per la stessa ragione, attribuito, quanto all'esercizio dell'azione cambiaria, il valore del titolo esecutivo alla cambiale (2), ogni qualvolta si dovesse procedere in Italia ad esecuzione forzata in base a cambiale non pagata, e questa fosse stata tratta all'estero, non vi si richiederebbero i requisiti formali prescritti dal codice italiano, ma basterebbe che essa fosse conforme alla legge del luogo dove venne tratta e che, secondo quella, fosse veramente una cambiale. (3)

665. — Il codice francese non contiene una disposizione analoga a quella dell'articolo 9 del titolo preliminare italiano, ma prescrivendo (4) che i francesi, anche residenti in paese straniero, siano soggetti alle leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone, lasciò per esclusione libera la giurisprudenza di applicare la norma della prevalenza del diritto territoriale alle forme dei loro contratti fatti all'estero, tanto più che rispetto agli atti dello stato civile, così dei sudditi come degli stranieri, ammise (5) che quando sono formati in paese straniero, faranno fede se vengono redatti secondo le forme usate in quel paese. Nel contratto di matrimonio si ritengono sufficienti le forme riconosciute dalle leggi del luogo dove avvenne la stipulazione; (6) per il matrimonio stesso sono giudicate sufficienti le forme ammesse nel luogo di celebrazione, e per i contratti in genere si può dire che la stessa re-

(1) Trib. di Comm. di Venezia, 10 Giugno 1885, Marwin di Cowes, Zagorà, Ditta Bachmann: Temi Veneta, 1885, pag. 496, 7.

(2) C. di Commercio, art. 323.

(3) C. d'Appello di Genova, 16 Aprile 1886, Zenoglio c. Piazzi: Trattavasi di un'obbligazione emessa a Londra a nome del Zenoglio conformemente alle leggi inglesi senza l'indicazione di *cambiale* richiesta dall'art. 251 del codice di commercio, ma non dalla legge britannica del 1882. *Legge* 1886, II, pag. 58-62.

(4) Art. 3. — (5) Art. 47.

(6) Trib. cons. del Cairo e C. di Aix, ap. Rénault, *Revue Critique*, 1884, pag. 729, Corte di Cassazione, 18 Aprile 1865. Dalloz 1865, 1, 342.

gola è applicata in Francia (1) ad eccezione di quei casi speciali in cui una precisa disposizione di legge lo vieta.

È identico il principio espressamente adottato dal codice portoghese (2) che dopo aver riservata l'applicazione della legge nazionale ai portoghesi dimoranti all'estero per quanto riguarda la loro capacità e la loro proprietà immobiliare esistente nel regno, aggiunge che tuttavia la forma esterna degli atti sarà retta dalla legge del paese dove quelli furono celebrati, salvo i casi in cui una legge ordini espressamente il contrario. La norma *locus regit actum* come statuto delle forme è pure adottata dal diritto olandese; (3) e tale è pure la soluzione data dalla giurisprudenza spagnuola (4) e dal codice argentino. (5) Le disposizioni del codice austriaco (6) relative ai contratti fatti da stranieri in Austria e da austriaci e da stranieri all'estero, contengono implicitamente quella scelta della legge del contratto per quanto ne riguarda le forme, che in Germania era espressamente stipulata da lungo tempo da alcune convenzioni fra Stati confederati, (7) ed è ora applicata dal tribunale dell'Impero (8); e l'articolo 707 del codice russo di procedura civile dispone: « I contratti e gli atti redatti all'estero, devono essere apprezzati secondo le leggi dello Stato dove furono firmati ». Secondo il diritto inglese la *lex loci contractus celebrati*, ne governa in genere le forme esterne; cosichè anche quando quella legge proibisca una forma determinata, pur senza far derivare dall'infrazione la nullità dell'atto, la giurisprudenza tende a respingere l'azione fondata su tale contratto che si volesse esercitare in Inghilterra. (9) Mentre però questa regola impera completamente quando si tratta di mobili; non ha, quando si tratta d'immobili, se non una parziale efficacia negativa, quella cioè di far sì

(1) Brocher, l. c., Weiss l. c., pag. 796-9.

(2) Art. 24.

(3) Disposiz. generali, art. 10, v. anche Testa. De inhoud der overeenkomsten in het international, privaatrecht. Amsterdam, 1886, Cap. I.

(4) Corte di Cassazione ap. Torres Campos l. c., Cap. II.

(5) Art. 1205-1216.

(6) § 4 e 36, 37.

(7) Tratt. würtemberghese-badese del 3 Gennaio 1826 e pruss-weimar, del 1824, art. 34 Savigny, l. c., § 382.

(8) 20 Aprile 1883, Daguin, *Bulletin de la Jurispr. Allemande. Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 303-5.

(9) Westlake, l. c., § 197, 8, 9.

che, se un contratto è nullo secondo la legge del luogo d'origine, sia pur nulla ogni garanzia consentita per garantirne l'esecuzione, quantunque il contratto non ripugni alla *lex situs* dell'immobile che si è voluto gravare. (1) Del resto l'osservanza delle forme stabilite dalla legge della situazione della cosa è sempre necessaria quando si tratta di contratti relativi ad immobili, (2) così secondo il diritto inglese, come secondo le leggi e la giurisprudenza degli Stati Uniti. (3)

666. — Il progetto di revisione del codice belga (4) dispone pure. « Les formes des actes autentiques et des actes sous seing privé sont reglées par la loi du pays où ils sont faits ». « On ne pouvait concevoir, dice il relatore, (5) au moins en principe, un statut different, pour les formes extérieures des actes écrits, que la loi du pays où ils sont passés. Il ne saurait en être autrement pour les actes autentiques, puisque c'est la loi territoriale qui seule est compétente pour indiquer les fonctionnaires appelés à donner aux actes le caractère de l'authenticité et pour déterminer les obbligations qui sont imposées à ses fonctionnaires dans l'exercice de leur charge. Quant aux formes des actes sous seing privé, on ne peut invoquer la même raison de necessité. De fait les parties ne sont pas empêchées de suivre toute autre forme à leur choix, mais juridiquement, ce choix ne doit pas être laissé. Le législateur a pour mission de procurer à tous ceux qui se trouvent sur le territoire, les moyens de conclure leurs conventions dans les meilleurs conditions de liberté et de sincerité, et il est naturel que, dans la determinations de ces moyens, il prenne égard au caractère, aux moeurs des habitants, aux usages civils et commerciaux suivis dans le pays. Il n'appartient pas aux particuliers de contrarier les dispositions que le législateur prend ainsi en vue d'un intérêt général. Les formes locales sont obligatoires. De ce qu'elles sont obligatoires, il suit qu'elles doivent être tenues pour suffisantes partout non seulement dans le pays où l'acte est dressé, mais encore dans tous les pays où l'acte est invoqué ». Così il legislatore giustifica l'adozione di una massima che, considerata come

(1) L. c., § 140, 1. 153.
(2) L. c., § 159, 60.
(3) Field, l. c., art. 614.
(4) Art. 9.
(5) *Revue de Dr. Int.*, 1886, pag. 485, 6.

regola generica, può dirsi ormai parte del diritto di tutti i popoli civili.

Ma lo stesso progetto belga fa seguire a quella regola una eccezione dipendente dalla legge personale dei contraenti; ed è appunto dalla non identità di quella colle eccezioni analoghe ammesse altrove, come dalla diversità di estensione della regola stessa circa gli atti relativi ad immobili che derivano alcune antinomie anche in questo statuto delle forme, che pur parrebbe a primo aspetto il più generalmente ed uniformemente accettato. Il progetto belga conchiude l'articolo 9 disponendo: « Néanmoins l'acte sous seing privé peut être dressé dans les formes admises par les lois nationales de toutes les parties ». L'indole di tale disposizione è analoga a quella della disposizione del codice italiano: « È però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti »; ma i due testi non sono tanto simili nella sostanza quanto appariscono nella forma.

Anzitutto nel progetto belga l'applicazione della legge nazionale è limitata al caso che si tratti di atti per scrittura privata redatti all'estero, mentre il codice italiano contempla la forma degli atti in genere, e perciò anche degli atti solenni; il relatore belga però nota che l'articolo da lui proposto non esclude fra stranieri l'uso delle forme nazionali anche negli atti autentici quando questi siano stipulati presso gli agenti diplomatici o consolari della propria nazione. Ma inoltre il progetto belga parla di leggi nazionali identiche cui siano personalmente sottoposti stranieri appartenenti a paesi diversi; mentre il codice italiano ha presente soltanto il caso dell'applicazione della legge nazionale unica comune a più stranieri appartenenti al medesimo paese. Sicchè, data l'approvazione del codice riveduto nel Belgio, un atto fatto in Italia da un belga e da un francese nelle forme prescritte dalla loro legge nazionale diverse da quelle ammesse dalla legge italiana, sarebbe formalmente valido in Belgio, ma non in Italia; ed un italiano potrebbe contrattare in Belgio nelle forme della legge italiana con uno straniero cui fosse dato dalla legge personale di seguire forme identiche, mentre in Italia si potrebbe sempre impugnare quell'atto provando che non fossero state osservate le forme prescritte dalla legge locale. Sicchè la disposizione belga in quanto assicura agli stranieri di diversa nazionalità l'applicazione della legge nazionale è singolare; è invece

un'eccezione generalmente accolta alla regola *locus regit actum* quella che riguarda gli stranieri connazionali, i quali possono seguire comunque le forme ammesse dalla legge patria se trattasi di atto privato, e possono seguirle davanti agli agenti diplomatici o consolari del proprio paese se trattasi di atti pubblici.

667. — Inoltre l'applicazione alle forme della regola *locus regit actum* nei riguardi dei rapporti internazionali può intendersi in due modi: può ritenersi cioè che spetti alla legge del luogo dell'atto il determinare qual genere e quale specie di forma, pubblica o privata debba o possa impiegarvisi; oppure che, determinato dalla legge nazionale delle parti o da quella della situazione della cosa il genere pubblico o privato dell'atto di cui si tratta, alla legge del contratto non ispetti se non che determinare quali specie di forme pubbliche o di forme private debbano adoperarvisi. Della prima maniera più completa di applicazione della regola *locus regit actum* notammo un esempio nella validità che i paesi dove vige il matrimonio civile riconoscono ai matrimoni conchiusi dai loro sudditi all'estero nella forma religiosa ed anche nella forma consensuale, un esempio della maniera più ristretta di applicazione di quella regola ce lo porge la legge ipotecaria belga, (1) secondo la quale, per costituire un'ipoteca in Belgio, è necessario un atto autentico, ma questo può essere ricevuto all'estero nelle forme richieste per l'autenticità dalla legge locale. E specialmente in quanto riguarda gli immobili, che tanto la regola *locus regit actum* per gli atti fatti all'estero, quanto la sua eccezione a favore di due connazionali che reciprocamente si obblighino in un determinato territorio a loro straniero, trovano gli ostacoli maggiori di applicazione. Il codice italiano si limita ad esigere la forma scritta pubblica o privata, tanto per chi contratta nel regno quanto per chi contratta all'estero, quando trattasi di convenzioni (2) che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni e diritti capaci d'ipoteca; che costituiscono o modificano servitù prediali o diritti di uso e di abitazione o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto; di contratti di locazione di immobili per un tempo eccedente nove anni; di contratti di società per tempo indeterminato o per più di nove anni aventi per oggetto il godimento dei beni immobili; di atti che costituiscono rendite perpetue o vitalizie, e

(1) Art. 77. — (2) Art. 1314.

di transazioni. Per il contratto di matrimonio (1) e per la donazione (2) è richiesto l'atto pubblico. Se non che mentre per gli atti relativi ad immobili situati nel regno, le forme stabilite dalla legge di questo per la formazione della convenzione o come successive alla convenzione sono assolutamente necessarie, per il contratto di matrimonio non mancano esempi di riconoscimento di quella qualunque forma cui siasi ricorso legalmente secondo la legge del luogo dove fu stipulato; e per gli altri la questione è di molto semplificata dall'ammettere negli altri casi il codice italiano tanto l'atto pubblico quanto la scrittura privata anche per gli atti fatti nel territorio. Anche secondo la legge scozzese tutti i contratti che riguardano trasmissione di terreno o di navi devono essere fatti in iscritto. Il codice francese esige in un maggior numero di casi l'atto autentico quando si tratta di modificazioni della proprietà immobiliare; (3) ed in tali casi anche quando facciasi eccezione per effetto di trattati alla regola (4) secondo la quale quando si tratta di beni esistenti in Francia si nega ogni effetto ai contratti fatti all'estero, verrà applicata la legge straniera non già per decidere senz'altro se debba ritenersi valida la forma pubblica o privata, ma per vedere se le formalità seguite si possono ritenere sufficienti a costituire un atto autentico secondo la legge del luogo del contratto.

Mentre dunque non è uguale la misura nella quale gli Stati ammettono eccezionalmente l'uso delle forme nazionali da parte degli stranieri che contrattano nel loro territorio, non è uguale nemmeno la misura nella quale essi ammettono l'applicazione della norma *locus regit actum* alle forme degli atti giuridici compiuti all'estero dai loro cittadini od anche da stranieri relativamente a cose soprattutto immobili esistenti nel territorio od a rapporti colà stabiliti. Il progetto belga dopo aver determinato (5), in misura più larga di quella della legge italiana, la prima eccezione, determina in modo molto preciso e molto conforme al sistema del diritto francese, la seconda disponendo: « Quando la legge che governa una disposizione esige, come condizione sostanziale, che l'atto abbia la forma autentica o la forma olografa, le parti non possono seguire

(1) Art. 1382. — (2) Art. 1056.
(3) Art. 2127. — (4) Art. 2128.
(5) Art. 9.

una forma diversa nemmeno se questa fosse autorizzata dalla legge del luogo dove l'atto è fatto ». Data l'approvazione di tale articolo, la magistratura non avrebbe più libera la scelta, quando si trattasse di matrimonio contratto all'estero, di riconoscimento fatto all'estero di un figlio naturale, di disposizioni testamentarie o di donazioni fra vivi, del contratto di matrimonio e del contratto d'ipoteca: in tutti questi casi essa sarebbe obbligata a pronunciare la nullità dell'atto rispettivo che non fosse stato fatto all'estero nella forma autentica. In tal caso la regola *locus regit actum* non potrebbe più applicarsi in Belgio nemmeno nella misura in cui è tuttora riconosciuta dai tribunali francesi, ed il matrimonio consensuale concluso all'estero da belgi dovrebbe dichiararsi nullo dai giudici della loro patria.

Dei due modi secondo i quali si può intendere ed applicare la massima *locus regit actum* il codice italiano sancisce il più largo; quello cioè secondo il quale la forma dell'atto possa in tutto legalmente determinarsi così nel suo genere come nella sua specie secondo il diritto locale dell'atto stesso: il diritto francese preferisce e quello belga sta per sancire nella maniera più precisa quello meno pieno: la scelta cioè del genere pubblico o privato della forma abbandonata al diritto che regge la sostanza dell'obbligazione, lasciando a quello del luogo dove questa è contratta soltanto la scelta della *specie* di forme pubbliche o private che vi si possa usare. La nuova disposizione belga è una imitazione di quella contenuta nel codice chileno (1) secondo il quale in tutti i casi in cui la legge chilena esige un atto pubblico, e trattasi di un atto che debba sortire effetto nel Chilì, nessun atto privato può esservi ammesso come valido qualunque sia la sua efficacia nel luogo della sua origine.

Nel diritto inglese sarebbe difficile poter trovare una forma di contratto che rispondesse a tali esigenze: nè i contratti registrati, nè quelli sigillati, nè quelli semplici che vi sono conosciuti e regolati, infatti vi corrispondono. I primi sono quelli la cui esistenza è constatata dalla sentenza di una corte di *record* debitamente iscritta nei registri della corte: l'obbligazione, detta *recognisance*, è contratta davanti la corte sotto la condizione che essa diventerà nulla, se la parte contraria compirà un atto determinato, o si asterrà dal

(1) Art. 18 del tit. preliminare.

compierlo, o pagherà una determinata somma ad un' epoca prestabilita, o si presenterà in giudizio. I contratti sotto sigillo (*under seal* o *by specialty*) sono quelli consegnati in un istrumento sigillato dalle parti e scambiato fra loro: i *simple contracts* differiscono da quelli per la mancanza del sigillo e perchè non sono validi se mancano di una causa sufficiente di obbligazione, mentre un *deed* obbliga chi lo ha firmato e sigillato anche in mancanza di ogni controprestazione e di ogni causa apparente di obbligazione: inoltre mentre non si può venir ammessi a provare davanti una corte di giustizia col mezzo di testimoni od altrimenti che una clausola di un *deed* è viziata da errore o da inesattezza, eccettuato il caso di frode, di violenza o di illegalità, tale prova può farsi quando trattasi del *simple contract* purchè non si pretenda sottrarsi alle conseguenze espresse od implicite d'uno dei propri atti. Se si bada all'importanza che hanno gli atti sigillati (1) in confronto di quelli semplici (2) nel diritto inglese, si possono paragonare i primi ai nostri atti pubblici, tanto più che nei rapporti economici essi sono usati in Inghilterra per gli stessi scopi cui serve l'atto pubblico nel diritto francese e nel nostro; ma se si bada alla garanzia intrinseca risultante dalla forma dell'atto e che è il fine delle disposizioni prescriventi l'atto pubblico, non si dovrebbe poter paragonare a questo se non il *recorded contract* del diritto inglese. Dal canto suo nei rapporti internazionali anche questo diritto esige, come accennai, l'osservanza delle forme inglesi per gli atti relativi ad immobili situati in Inghilterra; ma le difficoltà che potrebbero derivare da tale ordine di limitazioni alla regola *locus regit actum* sono diminuite dallo sviluppo sempre maggiore della competenza consolare (3) nel senso che i consoli, indipendentemente dalla nazionalità delle parti, possono ricevere e stipulare, nelle forme proprie del paese cui appartengono, convenzioni che si riferiscono ad immobili situati nel suo territorio. Sicchè lo stato del diritto internazionale circa lo statuto delle forme si può riassumere così: è ammessa in generale la prevalenza della regola *locus regit actum*: a questa però si fanno eccezioni non identiche nei vari paesi sia

(1) LEHR, *Dr. Civ. Anglais.*, pag. 474-8.

(2) PAVITT, l. c., pag. 57, 88.

(3) V. Convenzione consolare italo-tedesca del 21 Dicembre 1868 e del 7 Maggio 1872, art. 10 n° 2, ed italo-russa del 16 Aprile 1875, Articolo 9 n° 2.

nell'accordare a stranieri l'uso delle forme prescritte dalla loro legge nazionale, sia sottoponendo la determinazione dell'indole delle forme alla legge stessa che governa la sostanza dell'obbligazione: dal primo punto di vista vi è diversità fra la legge che accorda l'uso della legge nazionale soltanto a due connazionali e quella che la accorda anche a due individui di nazionalità diversa le cui leggi circa le forme degli atti siano identiche; dal secondo punto di vista le difficoltà prodotte dall'esigenza di forme determinate sarebbero maggiori, ma le tempera e tende ad escluderle del tutto la funzione notarile riconosciuta agli ufficiali consolari. (1)

668. — I criterî relativi all'efficacia della *lex loci contractus* sulla validità intrinseca e sugli effetti delle obbligazioni sono più disformi. Secondo il codice italiano (2) così l'una come gli altri si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale, riservando in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà; è dunque ripetuta la stessa norma stabilita quanto alle forme, coll'aggiunta del riconoscimento della autonomia delle parti quando l'uso di questa sia chiaramente espresso,

(1) Il *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 338-340 cita come esempio di conflitto fra la legge delle parti e quella del luogo del contratto circa le forme di una contrattazione di borsa, un caso, che non implica però, a parlar propriamente, un'eccezione al riconoscimento della regola *locus regit actum*. La legge belga del 30 Dicembre 1867 stabilì la libertà dell'agenzia (courtage) di cambio; il codice di commercio francese all'articolo 76 stabilisce il privilegio degli agenti di cambio il cui intervento è tanto necessario in Francia per le operazioni di borsa quanto quello del notaio per la costituzione di una ipoteca convenzionale- Un *coulissier* di Parigi aveva operato per conto di un belga su valori quotati a quella borsa e gli domandava l'esecuzione dei contratti davanti il tribunale civile di Bruxelles. Il convenuto opponeva il mancato intervento di un agente di cambio e la conseguente nullità di quegli atti. Il tribunale belga ammise che alle forme di quei contratti si dovessero applicare le norme della legge francese; ma respinse l'eccezione del convenuto soltanto perchè risultava dagli elementi della causa che egli aveva già rinunciato prima del litigio ad esigere la giustificazione dell'intervento di un agente di cambio, ed aveva già riconosciuto l'esistenza della sua obbligazione in Belgio, sicchè di fronte alla legge di questo paese che ammetteva la libertà dell'agenzia di cambio si doveva ritenere distrutto per atto posteriore del convenuto il vizio originale di forma che rendeva imperfetta la convenzione. Tribunale civile di Bruxelles, 6 Maggio 1885, Dreyfus c. Rodriguez.

(2) Art. 9 prelim.

e resti nei limiti assegnati dall'articolo 12 del titolo preliminare; le stesse disposizioni sono riprodotte dal codice di commercio (1) senza ripetere espressamente la ultima clausola contenuta nell'articolo corrispondente del codice civile. Sicchè ogni qualvolta un nazionale ed uno straniero abbiano contrattato all'estero, non solo della validità della forma, ma anche di quella della sostanza del loro contratto i magistrati italiani giudicheranno secondo i criteri della *lex loci contractus*. (2) Il progetto belga invece dopo aver ammesso (3) che le obbligazioni convenzionali ed i loro effetti siano regolati dalla legge del luogo del contratto; soggiunge che sarà data preferenza alle leggi nazionali dei contraenti se queste dispongono in modo identico estendendo così anche alla sostanza del contratto l'applicazione facoltativa della legge nazionale delle parti non connazionali; e finalmente, invece di dire vagamente come il codice italiano « è salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà », limita con precisione e logica molto maggiore la libera scelta delle parti aggiungendo: « Queste regole non sono applicabili, se dall' intenzione delle parti, constatata espressamente o manifestata dalle circostanze, risulta ch'esse abbiano inteso sottoporre la loro convenzione ad una legge determinata; la facoltà accordata, a tale riguardo, alle parti contraenti, non può aver per oggetto se non la legge personale d'una almeno di esse, la legge del luogo del contratto o quella del luogo di esecuzione ». (4) La determinazione fatta dal progetto belga delle varie leggi fra la quali si può concedere alle parti facoltà di scelta, rende impossibili sentenze simili ad una del tribunale di

(1) Art. 58.

(2) Trib. di comm. di Venezia, 16 Giugno 1885, Temi Veneta, l. c., e Corte di Cassazione di Napoli, 1 Marzo 1883, *Rassegna di Dir. Commerciale, Annata* 1883, pag. 199.

(3) Art. 7.

(4) L'articolo 14 dell'Avant-Projet del Laurent era più analogo all'art. 9 del codice italiano. « Les conventions conclues en pays étranger sont régies par la loi à laquelle les parties contractantes ont entendu se soumettre. À défaut d'une déclaration expresse, le juge recherchera l'intention des parties dans les faits et circonstances de la cause. Si les parties dressent un acte authentique en Belgique le notaire leur fera connaitre les dispositions du présent article. En cas de doute, le juge appliquera la loi personnelle des parties si elles ont la même nationalité et la loi du lieu où le contrat se passe si les parties appartiennent à des nations differentes ».

commercio di Amburgo (1) che nell'uso della lingua inglese fatta in una convenzione conchiusa a Malaga fra uno spagnuolo ed un tedesco, ravvisava una manifestazione della volontà delle parti di sottoporre al diritto inglese il loro contratto; soluzione cui non si oppone la lettera della legge italiana e che, mentre non soddisfa una espressione legittima dell'autonomia individuale, è atta d'altronde a generare confusioni e conflitti col diritto di un terzo paese nel cui territorio una simile sanzione della volontà delle parti dovesse farsi eseguire. Ma il progetto belga e la legge italiana sono concordi nel non fare veruna distinzione fra i contratti relativi a mobili e quelli relativi ad immobili dal punto di vista del diritto che deve o può regolarne la validità intrinseca e gli effetti giuridici; nel diritto nostro tale soluzione risulta dalla mancanza di distinzioni nel testo della legge, nel progetto belga dall'ultimo capoverso che dispone: « Le norme del presente articolo sono seguite qualunque sia la natura dei beni che formano oggetto della convenzione ed il paese dove si trovano ».

669. — Il diritto inglese e quello americano riconoscono, anche per quanto riguarda la sostanza del contratto, l'impero della legge del luogo dove questo nasce, ma non ammettono riserve che sono contenute nel diritto nostro, e fanno all'applicazione di quella regola eccezioni che il diritto nostro non contempla. (2) Tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti, quando il domicilio delle parti ed il luogo della convenzione differiscono, la giurisprudenza tende a riferirsi al diritto vigente nel luogo della convenzione piuttostochè in quello del domicilio, decidendo secondo il primo della validità stessa dell'atto. (3) Perchè un contratto conchiuso in un territorio sia governato da una legge diversa da quella che vi è in vigore, non basta che le parti abbiano avuto l'intenzione di riferirsi ad un'altra legge, ma, quando il contratto non debba essere eseguito altrove, è necessario in America che esse siansi espressamente riferite ad un'altra legge e talora che ne abbiano anche enumerate le disposizioni. (4) Le decisioni giudiziarie inglesi ammettono che della validità del contratto si giudichi secondo la legge del luogo della ese-

(1) 17 Ottobre 1875, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1877, pag. 360.

(2) V. Léon Duguit, *Des conflits de legislation rélatifs à la forme des actes civils*, Paris, Thorin, 1882.

(3) Field, art. 571. Story. *Conflict of Laws*, § 384, Westlake, l. c § 266, 267. — (4) Field, art. 602. 3, e n.

cuzione quando quella sia indicata dalle parti come la legge che debba reggere il contratto, ma non occorre che tale loro indicazione sia espressa; basta una « intention inferred from the subject matter and from the surrounding circumstances ». (1) Sicchè apparisce dalla giurisprudenza inglese che, data la sommissione normale della validità intrinseca del contratto alla legge del luogo dove questo è formato, è pur concesso alle parti di scegliere come legge regolatrice anche quella del luogo di esecuzione; la loro autonomia è dunque minore di quella consentita dal progetto belga che lascia loro la scelta fra due leggi regolatrici oltre a quella del contratto; mentre in Inghilterra non hanno alcuna facoltà di scegliere la legge nazionale quando questa non sia anche o quella del luogo del contratto o quella del luogo dell'esecuzione.

Ma in un ordine di casi quest'ultima diventa la sola legge che per diritto inglese ed americano possa decidere della validità di atti compiuti tanto nel paese quanto all'estero, così da nazionali come da forestieri; in tutti quei casi cioè in cui l'oggetto del contratto sia un immobile esistente nel territorio. Sicchè mentre un atto compiuto all'estero circa beni esistenti in Italia dovrebbe venire bensì, quanto alle garanzie formali, debitamente legalizzato prima di esservi eseguito, ma quanto alla sua validità intrinseca dovrebbe essere giudicato anche in Italia secondo la legge del luogo del contratto o secondo la legge nazionale delle parti, della validità di un atto fatto in Italia circa un immobile esistente in Inghilterra o negli Stati Uniti, la validità sarebbe in questi paes rispettivamente apprezzata secondo la legge della situazione dell'immobile. La giurisprudenza francese, con minori riserve del diritto inglese per quanto riguarda i diritti costituiti sugli immobili, applica al fondo dei contratti il principio dell'autonomia individuale di scelta limitata dalle norme della *lex loci contractus*. Così è del diritto olandese: il tribunale di Amsterdam giudicava applicandone le norme (2) che, nella mancanza di disposizioni legislative speciali, la procura generale data da una casa tedesca ad un agente stabilito nei Paesi Bassi debba ritenersi fatta nei limiti assegnati dalla legge tedesca. Nella Repubblica Argentina (3) per quanto ri-

(1) Guthrie, l. c., pag. 227, 8.
(2) 14 Dic. 1876, Hingst, l. c., nº 8, Convenzioni.
(3) C. c. argentino, art. 10, 1.

guarda la trasmissione e l'acquisto di diritti sui beni immobili vige lo stesso principio del diritto inglese; i contratti fatti all'estero e che riguardino quella specie di beni dovranno quanto alla forma (1) essere completati nel territorio della repubblica e quanto alla sostanza vi saranno giudicati secondo le leggi di quella; i contratti poi che non riguardino immobili dovranno quanto alle forme giudicarsi secondo la legge del luogo d'origine, e quanto alla validità della loro causa secondo la stessa legge, ma i loro effetti saranno regolati dalla legge del luogo di esecuzione.

670. — Anche gli Stati che giudicano della validità intrinseca della convenzione secondo la legge del luogo dove questa fu conchiusa fanno eccezione a tale regola quando si tratti di violazion di una propria norma di ordine pubblico. Di questa torna opportuno parlare trattando del campo d'azione della *lex fori* e dei conflitti cui può dar luogo la diversità di esigenze di questa legge e di quelle che governano l'origine o l'esecuzione dell'obbligazione, ma giova frattanto notare, nei riguardi della eccezione all'impero riconosciuto alla *lex loci contractus*, che deve distinguersi la diversità della legge del contratto da quella del giudice in quanto riguarda l'oggetto stesso dell'obbligazione e gli effetti di questa, ed in quanto riguarda il modo ed il tempo della sua formazione.

Tuttociò che riguarda l'oggetto e gli effetti dell'obbligazione forma il vero campo del conflitto fra la legge del fôro e la legge del contratto; tuttociò che riguarda il modo della formazione del vincolo giuridico soggiace alle norme certe ed ai dubbi che abbiamo esposto circa la forma; tuttociò infine che riguarda il tempo della sua origine soggiace alla legge del luogo del contratto, sicchè, se secondo questa è valido, è riconosciuto come tale anche dove, se fosse stato conchiuso nelle stesse condizioni di tempo, sarebbe stato nullo. Così secondo una legge inglese promulgata durante il regno di Carlo II, ogni contratto di vendita fatto da un negoziante nell'esercizio della sua professione in giorno di Domenica è nullo, ed il venditore è punibile con un'ammenda di 6 franchi; (2) nella Scozia invece sono in genere validi i contratti fatti in giorno festivo. (3) Se la diversità fra due leggi riguardasse l'oggetto stesso

(1) Art. 1205 e segg.

(2) Pavitt, l. c., pag. 62.

(3) Lorimer, l. c., pag. 240.

del contratto, allora (1) si avrebbe possibilità di conflitto fra la legge del contratto e quella del fôro, ma quando quella diversità sussiste circa il tempo della formazione del contratto, questa sfugge sotto tale rispetto alle norme proibitive della legge del giudice o di quella del luogo d'esecuzione per essere anche in questi paesi riconosciuta valida secondo le norme permissive della legge vigente nel luogo d'origine del contratto. Secondo l'articolo 1614 degli statuti dell'Arkansas « ogni persona colta in giorno di sabbath (domenica) nell'atto di lavorare, o di obbligare il proprio garzone od il proprio servo a lavorare od a rendere servigi diversi da quelli ordinari relativi all'amministrazione della casa, ed a servizi di necessità quotidiana, di conforto e di carità, sarà condannato all'ammenda di un dollaro per ogni infrazione; ed ogni contratto fatto in quello Stato e nell'Alabama (2) in giorno festivo è nullo. Pure la corte suprema dell'Arkansas (3) giudicò che un contratto sottoscritto in giorno di domenica nello Stato del Tennessee le cui leggi non si opponevano alla sua validità, doveva ritenersi valido anche nell'Arkansas. Nel Vermont vigono disposizioni proibitive analoghe a quelle dell'Arkansas e dell'Alabama; nel Nuovo Hampshire disposizioni permissive analoghe a quelle del Tennessee; pure la corte del Vermont riconobbe come valido un contratto stipulato nelle stesse condizioni nel Nuovo Hamsphire.

Non mancano nella giurisprudenza americana anche esempi di contratti, che mentre sarebbero nulli secondo la legge del luogo della loro formazione, sono riconosciuti come validi per riguardo alla legge del luogo dove dovevano venire eseguiti(4); ma se tale esecuzione dovesse anche aver luogo in parte nel territorio cui appartiene il luogo del contratto, allora questo non vi potrebbe in verun modo essere riconosciuto per valido. Tale fu la decisione della corte di circuito del Michigan a proposito di un contratto che trovavasi in simili condizioni. (5) Un certo Cole, proprietario di piroscafi che facevano il servizio del lago, doveva, per commissione di Gautier, inviare uno dei propri vapori in continuazione del viaggio percorso durante il sabato, da Alpena, alle isole Duck ed all'isola Cokburn sulla

(1) V. pag. 556-8. — (2) Stimson, pag. 458, 9, n.° 4134.

(3) Albany Law Journal, vol. 31, pag. 53.

(4) C. supr. dell'Ohio 1883. Scott. c. Perlee. Alb. Law Journal, vol. 28 pag. 98.

(5) Gautier c. Cole. Alb. Law Journal, 1883, vol. 29, pag. 135.

riva orientale del Lago Huron, e pertanto nella provincia canadese di Ontario. Siccome, nel percorso da Bay City ad Alpena, i piroscafi non raggiungevano quest'ultima località prima delle tre antimeridiane della domenica e la abbandonavano per ritornare a Bay City il lunedì mattina alle sei, il contratto per il supplemento di percorso pattuito dal Gautier doveva effettuarsi in quell'intervallo di tempo e perciò in giorno festivo durando dodici ore la traversata da Alpena a quelle due isole. La corte non tenne conto della circostanza che una parte del viaggio doveva effettuarsi nelle acque canadesi e che nessuna proibizione dipendente dall'osservanza della domenica esisteva nelle leggi del Canadà, ma, poichè nel suo principio e nella sua fine, il contratto doveva eseguirsi nel Michigan, lo dichiarò nullo.

671. — Colla scelta della legge che deve decidere della validità del contratto si collega la scelta di quella che deve decidere della sua interpretazione; questa non combina però sempre con quella, poichè data come esistente la validità dell'obbligazione nei limiti consentiti dalla prima, l'interpretazione delle clausole e la loro prova potrà o non potrà dipendere da un'altra legge a misura che quella da cui dipende la decisione della validità del contratto o quella del giudice che deve conoscerne, ammette il riferimento espresso o tacito delle parti ad una legge diversa. La giurisprudenza francese applica alla interpretazione ed al modo di prova la stessa legge che governa l'origine del contratto; ed ammette che l'estensione delle obbligazioni risultanti da un atto, debba in generale venir fissata dalle leggi del luogo dove il contratto fu conchiuso in quanto non ne risultino conseguenze contrarie all'ordine pubblico francese. (1) Così avendo certi negozianti austriaci venduto ad Amsterdam 8500 sacchi di zucchero di barbabietole, il tribunale di quella città giudicò che doveva intendersi stipulata dalle parti, in mancanza di espressa disposizione contraria, la consegna di 8500 sacchi da 112 chilogrammi per ciascuno che era il peso attribuito colà al sacco d'Austria e non da 100 come pretendevano i negozianti austriaci. (2)

In Inghilterra la giurisprudenza non indica in modo assoluto la scelta di una fra le varie leggi cui si potrebbe ricorrere per

(1) Trib. commerciale di Caen, 7 Sett. 1883, Lamy c. Gentles e Comp. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 282-4.

(2) Hingst l. c., nº 8.

l'interpretazione, ma, nel silenzio delle parti preferisce la legge del luogo del contratto, (1) quando non sia indicato per la esecuzione, un luogo diverso da quello del contratto, nel qual caso la legge di quello dev'essere preferita. (2) Giova notare che negli Stati Uniti si usa indicare di frequente secondo quale legge tutte le questioni relative alla interpretazione del contratto saranno decise: quando una tale designazione non avvenga espressamente e non risulti implicitamente dalla indicazione del luogo di esecuzione, l'interpretazione deve farsi secondo la legge del luogo del contratto. Inoltre la prova del contratto non può essere fornita se non nel modo richiesto dalla legge inglese, mentre in Francia prevale anche sotto quel rispetto la legge del contratto stesso: sicchè, anche rispetto all'interpretazione ed alla prova, la *lex loci contractus* non è presa, nei criteri di diritto internazionale privato accolti in entrambi i diritti, nella stessa considerazione nè ha la stessa importanza.

La corte di cassazione francese (3) giudicava a tale proposito che « i contratti in quanto alla forma ed alla prova sono retti dalla legge del luogo dove furono conchiusi e non dalla legge di quello dove se ne domanda l'esecuzione, e che il giudice francese deve ammettere la prova testimoniale per stabilire l'esistenza di un contratto, se tale mezzo di prova è ammesso dalla legge del paese dove quello fu formato, ancorchè l'articolo 1341 del codice civile non lo permetta ». Trattavasi di 1000 franchi che Benton, suddito inglese, reclamava da Houreaux suddito francese, che sostenendo di non dovere se non 375 franchi, per cambio avvenuto a Londra, negava all'avversario la dimostrazione del contrario mediante prova testimoniale. Il tribunale di Boulogne sur Mer s'era pronunciato il 25 Luglio 1878 nelsenso delle pretese dell'Houreaux dicendo che la proibizione sancita dall'articolo 1341 del codice civile è di ordine pubblico; tale proibizione invece scompariva secondo la corte di cassazione rispetto alla prova di un contratto fatto all'estero anche in quanto se ne chiedesse l'esecuzione in Francia. Nel caso inverso, di un contratto cioè eseguibile in Inghilterra, ma conchiuso

(1) Westlake, l. c., § 200.

(2) Field, art. 602, 3 e n.

(3) Cass. civ. 24 Agosto 1880, Benton c. Houreaux. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 480-4.

in Francia, i magistrati inglesi lo giudicheranno, non meno per quanto riguarda la prova di quello che per quanto riguarda l'interpretazione, come un contratto inglese; così nel caso Valery c. Scott in cui trattavasi di un costruttore navale scozzese, che aveva conchiuso a Parigi con un francese un contratto per l'allestimento di una nave da costruirsi a Greenock; tale contratto fu giudicato una convenzione scozzese tanto per ciò che riguardava le forme, quanto per ciò che si riferiva alla interpretazione. (1) Ma quando non sia indicato con precisione il luogo della esecuzione, l'estensione degli obblighi e l'interpretazione delle clausole da cui questi risultano s'intendono dipendere totalmente dalla legge del contratto così determinata, cioè da quella del luogo della stipulazione e non da quella del luogo della esecuzione o del luogo dove si ricorrerà per trovare i mezzi di eseguirlo, senza che si possa addurre per eccezione la forza maggiore verificatasi altrove che abbia ciò materialmente impedito. Così decise la corte d'appello inglese (2) a proposito di certi negozianti di Londra che aveano stipulato coll'agenzia inglese del Crédit Lyonnais un contratto per effetto del quale doveva esser loro consegnata di quando in quando una certa quantità di un prodotto algerino. In seguito a certi movimenti insurrezionali ed alle conseguenti operazioni militari rese necessarie in Algeria, la casa francese si trovò nella impossibilità di adempiere il proprio impegno, e nella causa intentatale per violazione di contratto allegò a propria scusa la forza maggiore e chiese l'applicazione degli articoli 1147 e 1148 del codice francese in vigore in Algeria, ma i magistrati inglesi decisero che, poichè le parti risiedevano in Inghilterra, ed il contratto vi era stato stipulato senza alcuna riserva diretta a sottoporne l'esecuzione all'applicazione della legge algerina, doveva respingersi l'eccezione invocata che non era ammessa dal diritto inglese. Molto più rettamente giudicò in un caso analogo la corte d'appello di Nuova York (3) che, nel caso d'un trasporto di bestiame che doveva farsi dallo Stato d'Ohio a quello di Nuova York e fu interrotto nel territorio del primo

(1) Guthrie, l. c., pag. 228.

(2) 23 Febbraio 1884. Jacobs Marius et C. c. la Credit Lyonnais London Agency. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 102.

(3) 22 Giugno 1886, Geismer c. Lake Shore and Michigan Southern Railway Alb. Law Journal. vol. 34 pag. 150.

Stato da uno sciopero ferroviario, ammise l'eccezione di forza maggiore.

Lo stesso principio della prevalenza della *lex loci contractus* quando le parti non abbiano implicitamente scelta una legge diversa, trovasi applicato, anche nel diritto intercoloniale, dalla corte suprema delle corti supreme dell'impero britannico, cioè dal « comitato giudiziario del consiglio privato ». Il 1 Ottobre 1875 il ministro della giustizia del Canadà a nome del governo del Dominio aveva incaricato l'avvocato Doutre di Quebec di rappresentarlo presso una commissione internazionale che dovea riunirsi ad Halifax per fissare l'ammontare dell'indennità pagabile al governo inglese da quello degli Stati Uniti come correspettivo di certi privilegi di pesca accordati per trattato ai cittadini dell'Unione. I lavori della commissione durarono sei mesi allo spirare dei quali l'avvocato Doutre avendo esaurita la propria missione, ricevette dal governo quale compenso la somma di 8000 dollari. Egli però non tenendosi pago di tale compenso, presentò una « petition of right » alla corte dello scacchiere del Canadà, invocando un atto del 1875 del parlamento particolare della Provincia, e reclamando dalla corona il pagamento di 10000 altri dollari. L'attorney generale del Canadà si oppose a tale domanda e contestò il diritto dell'attore di agire per via di « petition of right » per il pagamento dei suoi onorarî di avvocato; poichè essendo la convenzione sulla quale fondavasi la sua domanda, conchiusa ad Ottarva nello Stato di Ontario relativamente a servigi da rendersi nella Nuova Scozia, non poteva ritenersi applicabile la legge dello Stato di Quebec che permette all'avvocato di agire in giustizia per farsi pagare, ma bensì quelle dell'Ontario e della Nuova Scozia che non ammettono una tale azione. La corte d'appello ed il consiglio privato decisero a favore dell'avvocato; ritennero che il contratto fra lui ed il governo fosse nato a Quebec quand'egli aveva rimessa alla posta la lettera d'accettazione dell'incarico offertogli dal ministro della giustizia; e che, mancando espresse stipulazioni in contrario, il valore del contratto, la sua interpretazione e le sue conseguenze dovessero regolarsi secondo la stessa legge, tanto più che in tal caso trattasi di una legge reggente lo *status* dell'avvocato come esercente una professione. (1) In tal caso il litigio fra le parti riguardava la determinazione del

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 116-9.

luogo d'origine del contratto, ma entrambe ammettevano d'accordo che l'interpretazione e gli effetti se ne dovessero regolare secondo la legge di quel luogo.

L'articolo 7 del progetto belga sottopone gli effetti delle obbligazioni convenzionali alla stessa legge che regge l'obbligazione nei riguardi della sua validità intrinseca e che è, a seconda dei casi, la legge nazionale delle parti o di una di esse, quella del luogo di redazione del contratto o quella dell'esecuzione; i mezzi di prova sono poi determinati dalle leggi del paese dove il fatto che si tratta di stabilire, è avvenuto; però se le leggi nazionali di tutte le parti autorizzano più ampi mezzi di prova, anche questi possono venir ammessi. A tale riguardo il progetto belga sancisce il principio tradizionale della dottrina e della giurisprudenza senza mettersi in contraddizione col principio sancito all'articolo 7; poichè la legge del luogo del contratto in quanto sia più restrittiva di quella del fôro circa i mezzi di prova, cessa di far sentire la propria efficacia rispetto a questa in quei casi in cui deve cedere anche per gli altri riguardi davanti alla legge nazionale delle parti. Quel progetto lascia però l'incertezza circa il caso in cui la legge del fôro fosse più restrittiva di quella del contratto circa i mezzi di prova, nè fornisce un criterio sicuro per decidere fra l'una e l'altra; soltanto la sua disposizione sarebbe più completa di quella italiana (1) secondo la quale i mezzi di prova delle obbligazioni sono determinati dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto. (2)

672. — Ma alcune leggi estendono maggiormente l'impero della legge vigente nel luogo del contratto in quelle materie nelle quali ammettono che siano rette da quella legge la forma, la validità gli effetti della obbligazione. Quando non si tratti di fondi pubblici e e di partecipazioni nelle società costituenti una persona morale rispetto alle quali valgono, oltre alle limitazioni del luogo del contratto, anche quelle del paese alle leggi del quale quei corpi morali devono la loro esistenza; quando non si tratta di navi che si tende a sottoporre alle leggi del paese cui appartengono anche quanto

(1) Art. 10.

(2) V. corte di cass. di Torino, 23 Agosto 1887, Compagnia insulare di navigazione di Marsiglia c. Villa, *Annali*, 1887, I, 1, pag. 436-439 e *Legge* 1887, vol II, pag, 766-8.

ai contratti che le riguardano, e quando infine non si tratti di immobili, ma di altri mobili, il diritto inglese e quello degli Stati Uniti sottopongono anche la capacità degli individui alle leggi del luogo dove avviene il contratto (1) e lo stesso principio è applicato dal diritto del Chilì. (2) Altre leggi ammettono una simile forma di territorialità della capacità personale, di cui si parlò trattando dello stato della persona; e quanto ai contratti in genere, e specialmente quanto alla lettera di cambio (3); oppure quando si tratti di acquisti fatti da uno straniero per gli usi abituali della propria vita e l'altro contraente appartenente al luogo del contratto abbia trattato senza imprudenza e con buona fede (4): e da quelle norme risulta una causa di conflitti per effetto della non uniforme determinazione dell'efficacia spettante alla legge della persona, a quella della cosa ed a quella dell'atto.

Quattro gradi di efficacia si riscontrano dunque attribuiti nei vari diritti positivi alla *lex loci contractus:* sulle forme dell'atto, sulla sua validità intrinseca, sulla sua interpretazione e la sua prova, e finalmente sulla capacità dei contraenti; rispetto al riconoscimento di questi varî gradi di efficacia si manifesta nelle leggi una gradazione che va dalla uniformità quasi assoluta d'un criterio di diritto internazionale da esse adottato, alla maggiore disformità ed alla più frequente causa di conflitti; l'uniformità è realizzata per una gran parte dei contratti circa le forme; la maggiore disformità esiste circa la capacità dei contraenti; ma anche circa gli altri due oggetti e soprattutto circa la validità e l'interpretazione non mancano cause di conflitti derivanti dal non ammettersi uniformemente ed in ogni modo dal non ammettersi nella stessa misura le deroghe da farsi alla *lex loci contractus*. Lo studio di quest'ultima è già sufficiente ad adombrare tali cause di conflitti; esse risultano poi più chiaramente quando si considera il campo d'azione delle altre leggi che possono in maggiore o minor grado spiegare la propria efficacia sopra i contratti, e le loro conseguenze nei rapporti internazionali.

(1) Field art. 542, 572, 3 e n. e Guthrie pag. 159, n. 1 e 164, 5 n. a

(2) Fabres, l. c., pag. 137.

(3) V. n.° 707.

(4) Trib. civ. della Senna, 1 Luglio 1886, Gache c. Drake del Castillo *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 178, 9.

673. — Anche la legge del luogo di esecuzione non meno di quella del luogo del contratto, ha un minimo di campo d'azione che le viene per consenso universale riconosciuto, e rispetto al quale non si riscontrano occasioni di conflitti; tutto quanto si riferisce alla consegna dell'oggetto dovuto, al modo di fare il pagamento, alla mora, agli interessi moratori ed alle conseguenze della mancata esecuzione, vien regolato secondo la legge del luogo dove l'obbligazione deve essere eseguita. In questo senso dispone il codice italiano (1) che i modi di esecuzione degli atti sono regolati dalla legge del luogo in cui si procede all'esecuzione, il quale a seconda dei casi o è destinato nella convenzione stessa, od è indicato dal luogo dove trovavasi la cosa al momento del contratto, o dal domicilio del debitore. (2) La prevalenza del diritto del luogo di esecuzione nel regolamento di tali rapporti, è ammessa dovunque sia per ciò che riguarda le leggi generali vigenti in quel territorio, sia per quanto si riferisce alle consuetudini locali particolari al sito dell'esecuzione. (3) Sicchè il pagamento da farsi in Italia si può prestare e si deve accettare in moneta italiana, quello da farsi in Inghilterra in moneta inglese; quanto alle misure saranno usate in Italia le misure di volume e di peso decimali, in Inghilterra le misure inglesi modificate dalla legge 5 e 6 di Guglielmo IV c. 63; e dove esistono, come esistevano prima di questa legge in Inghilterra ed in un tempo anche più recente fra noi, misure locali e consuetudinarie diverse per ogni distretto d'uno stesso territorio, queste possono venir legittimamente adoperate per l'esecuzione di una obbligazione, che debba eseguirsi nel territorio dove sono in vigore. (4) Secondo tale principio che riconosce la competenza della legge dell'esecuzione a determinare il modo della esecuzione stessa, tutto ciò che, trascendendo i limiti di quest'ultima, riguarda l'esistenza e la sostanza dell'atto che si deve eseguire, dovrebbe restare regolato dalla legge che governa il contratto nel suo complesso secondo i criteri suc-

(1) Art. 10, tit. preliminare.

(2) C. francese, art. 1247, C. It. art. 1249 e 1508, progetto belga art. 11, Esperson. Le droit int. pr. dans la législ. it. titolo III, Fiore. 2ª ediz. pag. 592-8 e 601-6, Asser-Rivier pag. 73-5.

(3) Lorimer. Handbook of the law of Scotland. nº 1074. Bell's Principles, 117.

(4) V. Stimson pag. 594, 5 e Fiore pag. 604-6.

sposti. Mentre dunque il modo della consegna della merce, la sua misura e la moneta con cui pagarla, dovrebbero regolarsi secondo la legge del luogo di esecuzione, l'obbligo di consegnare e di ricevere in base alla qualità di merce pattuita, deve soggiacere alla legge del contratto. Il Bard cita a tale proposito una sentenza, dei tribunali francesi, ed una dei tribunali belgi che determinano rettamente i limiti entro i quali deve mantenersi l'efficacia della legge del luogo di esecuzione per non lasciarle invadere il campo attribuito dalla legge dello stesso paese e dai principî più retti di diritto internazionale privato alla legge del luogo del contratto. Un francese aveva pattuito ad Hong-Kong colla compagnia inglese «peninsulare ed orientale» il proprio trasporto e quello delle proprie suppellettili a Marsiglia. La compagnia gli consegnò una ricevuta dalla quale risultava che i bagagli potevano venir assicurati a condizioni moderate, ma che la compagnia non rispondeva della loro perdita. Essi andarono efffettivamente perduti durante un sinistro marittimo in seguito al quale il danneggiato che sosteneva facilitata la perdita da lui subita dall'imprudenza e dalla negligenza del comandante, si rivolse nel luogo di destinazione ai tribunali francesi per ottenere un'indennità.

Il tribunale di prima istanza giudicò che la validità della clausola escludente la responsabilità della compagnia dovesse giudicarsi secondo il diritto francese dal momento che la destinazione del viaggiatore e dei bagagli era stata Marsiglia; e ritenne che le si dovesse applicare il principio della giurisprudenza francese secondo il quale la clausola di negata garanzia non può imporsi da intraprenditori di trasporti cui il pubblico sia obbligato a rivolgersi. Ma, dopo che la corte di Aix aveva confermato tale sentenza, la corte di cassazione ne infirmò il giudicato, perchè «per decidere se una convenzione fu legalmente formata devesi aver riguardo al diritto del paese cui la sua formazione fu sottomessa e trattasi nel caso concreto di una convenzione retta dal diritto inglese». (1) Se si fosse trattato di una convenzione che avesse ammessa espressamente l'indennità o che, non escludendola, avesse lasciato al danneggiato facoltà di richiederla, la misura di questa sarebbe stata regolata dalla legge francese; se la convenzione ne avesse anche determinata la misura il pagamento avrebbe

(1) Cass. fr. 23 febbraio 1864, Bard, l. c., pag. 273-5.

dovuto accettarsene in moneta francese; ma dal momento che l'esclusione dell'obbligo d'indennità formava parte del contratto, il litigio verteva sopra un effetto di questo e non già sopra un modo di esecuzione e doveva perciò applicarsi la legge del contratto. Così rispetto al contratto di trasporto da un luogo ad un altro traversando varie linee di comunicazione, i magistrati belgi e francesi giudicarono che i successivi intraprenditori dei trasporti son considerati succedere nel contratto iniziale e che il carattere del loro impegno e degli effetti di questo deve essere giudicato secondo la legge del luogo del contratto, eccetto il caso di stipulazione contraria. (1)

Così, prescindendo dalle possibili limitazioni di ordine pubblico, non già il tasso degli interessi, ma il modo e la moneta della loro prestazione devono determinarsi secondo la legge del luogo del pagamento; non la prestazione delle cose dovute e la quantità di queste, ma il modo di offrirle e di depositarle per prevenire ogni imputazione di mancato adempimento, dovrebbero regolarsi secondo la legge del luogo dove questo deve compiersi. Se l'impero di questa legge, che è dovunque riconosciuto nei limiti ora accennati, fosse riconosciuto pur dovunque soltanto in questi limiti, ne risulterebbe completato nel modo più logico e più opportuno il regolamento internazionale delle obbligazioni; la capacità retta dalla legge della persona, l'atto ed i suoi effetti dalla legge del luogo dov'esso fu formato, il modo dell'esecuzione dal diritto del luogo dove questa dovrebbe avvenire, formerebbero un tutto armonico in cui, per ciascuno dei tre elementi di un'obbligazione convenzionale, sarebbe indicata la prevalenza della legge che risulta dalla natura delle cose come la più competente.

674. — Ma, come abbiamo già accennato parlando della *lex loci contractus*, l'influenza della *lex loci solutionis* nei rapporti di diritto internazionale privato non è dovunque mantenuta in questi limiti e perciò, circa il regolamento di uno stesso elemento dell'obbligazione, l'una coll'altra nei rapporti internazionali possono trovarsi in conflitto. Quando il contratto sia seguito in Francia od in Italia, e l'esecuzione debba farsene all'estero, tut-

(1) Corte di cassazione belga, 30 Gennaio 1879; corte d'appello di Parigi, 15 Febbraio 1881. Daltrophe Worms c. Chemins de fer de Lyon et de la Haute Italie: ap. Bard, l. c.

tociò che riguarda quest'ultima sarà regolato, in modo pienamente riconosciuto anche in Italia ed in Francia, secondo la legge straniera del luogo destinato all'esecuzione; (1) quando in un paese che ammetta la stessa norma, venga stipulato mediante accordo sul campione l'acquisto di merci provenienti dall'estero, la legge del luogo donde quelle vengono spedite o quella del luogo dove vengono ricevute, a seconda che la consegna s'intende fatta al luogo di partenza od a quello d'arrivo, deve determinare in quali modi e con quali precauzioni ed in quali limiti di tempo l'acquirente possa respingerle dopo averle ritirata dalla dogana (2) per guasti o per causa di disformità dal campione. Ma quanto a tutti gli effetti del contratto: cioè obbligo del pagamento e della consegna, tempo dell'uno e dell'altra, garanzia e rischio del venditore o dell'acquirente, sarà applicata sempre la legge del luogo del contratto; e su questa prevarrà una legge diversa, come è quella dell'esecuzione, soltanto quando sia stata scelta dalle parti. (3)

Invece, secondo i criteri di diritto internazionale privato accolti altrove, anche gli effetti stessi della obbligazione, e la stessa validità di questa, vogliansi regolati dalla legge del luogo di esecuzione secondo il principio che vuol considerata questa come la sede della obbligazione. È tale la soluzione del Savigny (4) seguita dalla giurisprudenza dei vari Stati tedeschi ed anche dal tribunale dell'impero il quale applicò quel principio nel caso di un contratto che, fatto a Berlino doveva eseguirsi a Parigi. (5) Un berlinese aveva incaricato un agente di cambio di Parigi di fare colà per conto di lui alcune operazioni di borsa in ragione delle quali il secondo domandava al primo la somma di 21,373 marchi a titolo di differenze liquidate. Il debitore opponeva l'eccezione fondata sulla regola del diritto francese che colpisce di nullità i debiti di giuoco e, quantunque il tribunale di prima istanza respingesse l'eccezione e condannasse il debitore, questo trionfò davanti al tribunale

(1) Trib. de comm. de Rouen. 2 Marz 1885. Depeaux c. Stevenson. *Journal de Dr. Int. Privé,* 1885, pag. 427-430.

(2) Alta corte danese Gabriel c. Olsen, 1 febbr. 1883. *Bulletin de Jurisprudence danoise,* Beauchet, *Journal de Dr. Int. Privé,* 1885, pag. 209.

(3) V. *Revue* 1886, pag. 472 e segg.

(4) Vol. VIII, § 372.

(5) Trib. dell'impero, 10 Maggio 1884. *Journal de Dr. Int. Privé,* 1886, pag. 609, 610.

di appello e davanti a quello dell'impero. Quest'ultimo cita come regola costantemente seguita quella secondo la quale il diritto del luogo di esecuzione deve sotto ogni riguardo reggere l'obbligazione; ravvisa come fatto principale, la cui esecuzione doveva indicare la sede dell'obbligazione, le operazioni di borsa da eseguirsi a Parigi; afferma che l'applicazione della legge del luogo di esecuzione non deriva dalla presunta sottommissione delle parti, ma da un principio di diritto indipendente da quella e conchiude che, in mancanza di una espressa stipulazione che la escluda, doveva applicarsi a quel contratto da eseguirsi a Parigi, la legge francese. Così si applicava agli effetti della obbligazione in circostanze analoghe un criterio perfettamente contrario a quello che la corte di cassazione francese applicava ad un contratto di trasporto conchiuso ad Hong-Kong ed eseguibile in Francia. (1) Negli Stati Uniti a questa regola è espressamente derogato dalle leggi di alcuni Stati: il codice del 1882 della Georgia (2) e quello del 1872 dell'Oregon (3) quello di procedura civile del 1879 del Montana, (4) ed il codice civile riveduto nel 1875 della Luisiana (5) stabiliscono che la validità, la forma e l'effetto degli atti e dei contratti debbano determinarsi secondo le leggi del luogo dove questi son fatti; coll'eccezione che, se quel contratto è destinato a produrre effetti nello Stato, debba essere redatto in conformità alle leggi di quello, dovunque lo si faccia, se non si tratta di atti relativi alla proprietà personale. (6) Sicchè nelle leggi di quei paesi è conservata, relativamente ai contratti da eseguirsi nel territorio, la regola tradizionale del diritto d'Inghilterra e degli Stati Uniti secondo la quale deve prevalere nel regolamento del contratto la legge del luogo di esecuzione ogni qualvolta questo sia chiaramente indicato come diverso dal luogo della stipulazione. (7) Il diritto argentino regola pure in generale gli effetti del contratto secondo la legge del luogo di esecuzione. (8) Secondo i criteri di diritto internazionale privato adottati in alcuni paesi, sono pertanto sottoposti alla legge del luogo di

(1) Non mancano però anche in qualche Stato di Germania sentenze di tribunali che hanno applicato agli effetti del contratto la *lex loci contractus* invece di quella *loci solutionis*, v. Goldschmidt. Zeitschrift für Handelsrecht, II pag. 139 e 140 e Beauchet, l. c., pag. 610, n.

(2) Art. 8. — (3) Art. 683. — (4) Art. 611. — (5) Art. 10.

(6) Stimson, l. c., pag. 136. — (7) Guthrie, pag. 227, n. A.

(8) C. c. Arg. art. 1205 e segg.

esecuzione elementi dell'obbligazione che secondo i criterî prescelti in altri paesi vengono considerati soggetti al diritto del luogo d'origine del contratto; data perciò l'esecuzione di un contratto francese nella repubblica argentina, i magistrati di quest'ultimo paese vi applicheranno le leggi proprie, mentre quelli del primo lo riterranno sottoposto alle norme della propria legge; dato il caso inverso, in Francia si applicheranno le norme del diritto argentino a quello stesso contratto cui si applicherebbero dai giudici argentini le norme del diritto francese.

675. — La prevalenza del diritto vigente nel luogo di esecuzione su quello del contratto è riconosciuta dovunque in quanto si attiene alle esigenze dell'ordine pubblico; in tal caso se la prima di quelle leggi sia in assoluta opposizione colla seconda, questa deve cedere a quella che in tal guisa si riduce a reggere anche la validità stessa intrinseca del contratto nei limiti del territorio dove questo doveva essere eseguito. Così un contratto conchiuso in un paese per violare le leggi doganali di un altro, non potrebbe evidentemente in quest'ultimo invocare nemmeno per le sue conseguenze indirette il presidio delle leggi civili; ma bensì cadrebbe sotto quello delle leggi penali; così sarebbe di un contratto fatto in Italia per un negozio di carne porcina o di vino da eseguirsi in paese esclusivamente soggetto alla legge religiosa maomettana; (1) così d'un contratto fatto dove un pubblico impiegato possa impegnare il proprio stipendio e che si voglia eseguire nel paese dove il debitore sia impiegato dello Stato e dove gli vien corrisposto lo stipendio che la legge dichiara insequestrabile; o di un'alienazione od aggravio stipulato in Italia rispetto ad un *homestead* americano, che si voglia poi far valere sia pur anche sui mobili che vi si contengono; o d'un contratto che avesse per oggetto la vendita o la consegna di schiavi colà dove fosse proibita la schiavitù. Si può dunque ritenere come generalmente riconosciuto il valore negativo della legge del luogo di esecuzione quando la sua diversità da quella del luogo del contratto (2) abbia la propria ragione in un motivo di ordine pubblico

676. — Per quanto però riguarda gli interessi e la loro misura, i varî diritti sono ben lungi dal trovarsi, circa il carattere

(1) Hidâyah, II, pag. 429. ap., Holland. Elem. of Jurispr., pag. 203.
(2) C. C. ital. art. 12, Westlake, § 203, 4 e prog. belga, art. 14.

d'ordine pubblico delle disposizioni rispettive, così d'accordo come potrebbe apparire dalle regole formulate dal Savigny a tale proposito. (1) In Inghilterra, anche prima dell'abolizione di tutte le leggi usurarie avvenuta nel 1834, la regola così assolutamente formulata non era pienamente accolta, ma anche Blackstone (2) e Stephen (3) ammettevano che la moderazione o la esorbitanza effettiva degli interessi dipenda da circostanze locali e che il rifiuto di dar efficacia soltanto per tali motivi ad un contratto porrebbe ostacolo a tutto il commercio straniero. Le decisioni giudiziarie di quel paese determinano dunque se un contratto sia o non sia usurario cogli stessi criteri cui ricorrono in genere per determinare la sede del contratto; cioè giudicandolo secondo la legge del luogo del contratto o secondo la legge del luogo di esecuzione quando questo sia espressamente indicato. Così se gli interessi consentiti dalla legge del luogo di esecuzione sono più elevati di quelli permessi nel luogo del contratto, le parti possono optare per l'una e per l'altra legge, senza incorrere rispettivamente (ad avviso dei magistrati inglesi) nè nel paese dell'una nè in quello dell'altra, nelle penalità stabilite contro l'usura. È più dubbio se il contratto sia immune dalla taccia di usura quando l'interesse concesso dalla legge del luogo di esecuzione essendo minore di quello lecito nel luogo del contratto, le parti optano per l'ultima; ma il Guthrie (4) cita una sentenza dei giudici della Luisiana che ritenne un simile contratto non usurario e riconobbero alle parti la facoltà di stipulare l'interesse più alto concesso da una delle leggi dei due paesi. Il Field (5) cita altre sentenze americane concepite nello stesso senso; e fu anche decisa l'applicazione della legge che concede l'interesse più elevato nel caso di un cittadino di Nuova York che aveva prestato denaro ad un cittadino di Nebraska mediante ipoteca su immobile situato in quest'ultimo Stato. Lo statuto di Nuova York limita il tasso dell'interesse al sei per cento, quello del Nebraska permette il dieci. La corte di circuito del Nebraska (6) ammise il principio secondo il quale, quando il cittadino di uno Stato presta denaro al cittadino di un altro, il tasso dell'interesse deve poter fissarsi conformemente alle leggi di

(1) § 374. — (2) II, 464. — (3) II, 82.
(4) Pag. 251, 2, n.
(5) Art. 602, n.
(6) 1881, Kellog c. Miller. Alb. Law Journal, vol. 26 pag. 499.

quest' ultimo Stato, quantunque vi sia superiore a quello ammesso dallo Stato dove il contratto è fatto e deve essere eseguito: e decise che quel contratto stipulante interesse del dieci per cento, tasso legale nel Nebraska, non era usurario benchè fosse stato conchiuso nello Stato di Nuova York e dovesse venirvi eseguito.

Anche in Francia prima della legge del 12 Luglio 1886 (1) che proclamava in matéria commerciale la libertà del tasso degli interessi, la giurisprudenza riconosceva la validità di una convenzione che, stipulata in un paese dove, come in Spagna, Belgio, Italia, Olanda, Inghilterra, l'interesse era libero, avesse dovuto eseguirsi in territorio francese. Tale principio della libera applicazione dalle convenzioni straniere veniva applicato anche quando appariva manifestamente l'immoralità del patto, come nel caso di un Conte Delamarre che avea contratto a Londra con un usuraio di nome Lewis un debito di 615 lire sterline pattuendo l'interesse annuo del 50 per cento. Il tribunale ammettendo (2) che la legge francese del 1807 non corrispondesse ad un bisogno d'interesse così generale e superiore da assicurarle il carattere di una disposizione d'ordine pubblico, riconobbe che la convenzione fatta in Inghilterra doveva essere governata in ogni sua parte dalla legge inglese rispettandola ed eseguendola secondo i termini usati dalle parti; e condannava il debitore Delamarre a pagare il capitale di 15375 franchi e gli interessi annui di franchi 7687. (3)

677. — Il tasso degli interessi moratorî di un debito il cui rimborso sia domandato in Francia, viene invece determinato dalla legge francese; in tal caso gli interessi non dipendono dalla convenzione; l'atto che li fa decorrere, cioè la domanda presentata ai tribunali, è avvenuto in territorio francese e la sola legge di questo territorio può ricevere applicazione. In questo senso decise la corte di cassazione di Francia (4) nel caso di un debito civile non produttivo d'interessi contratto in Tunisia (dove il tasso legale dell'interesse è del dodici per cento) da un certo Samama verso un indigeno naturalizzato francese di nome Mahmud Benajad

(1) *Journal officiel*, 30 Luglio 1886.

(2) Tribunale civile della Senna, 12 Maggio 1885, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 305, 6.

(3) V. nello stesso senso, corte di cassazione: 9 Giugno 1880, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 394.

(4) 13 Aprile 1885, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 459, 60.

che ne domandava il pagamento davanti ai tribunali francesi. Riconoscendo che l'obbligo di pagare gl'interessi litigiosi derivava non già dalle stipulazioni del contratto fatto all'estero, ma dalla domanda stessa fatta in Francia, e che perciò l'obbligazione corrispondente aveva avuto in Francia, la propria origine, quel magistrato giudicò che si dovesse computare l'interesse nella misura fissata dal tasso legale francese cioè in quella del cinque per cento.

Il Chausse (1) critica alla sua volta anche in questo caso l'applicazione della *lex loci solutionis*. Nel caso sottoposto alla corte suprema, egli dice, il contratto era stato conchiuso e doveva ricevere la propria esecuzione in Tunisia, e perciò il tasso degli interessi doveva fissarsi al dodici per cento secondo le leggi in vigore in quello Stato e non al cinque per cento secondo la legge francese. Come massima generale e sotto la riserva delle disposizioni che hanno rapporti coll'ordine pubblico, deve ritenersi che la legge da cui è governato il contratto sia quella cui competa regolare quanto si riferisce all'esecuzione ed all'inesecuzione dell'obbligazione. Le parti hanno dovuto prevedere tale inesecuzione, e, se a tale riguardo hanno omesso di fare stipulazioni particolari, ciò avvenne perchè esse hanno inteso riferirsi su questo punto, come su tutti gli altri, alla legge generale che hanno adottato e che governa il contratto nel suo complesso. Se i contraenti avessero, mediante una clausola penale, determinato da principio il tasso degli interessi moratori, tale convenzione riceverebbe esecuzione in Francia; ora, fissando al cinque ed al sei per cento l'ammontare degli interessi dovuti per causa di ritardo, la legge francese non ha sancito se non una disposizione interpretativa delle volontà delle parti; ha supplito all'assenza di ogni clausola penale; l'articolo che riguarda tale argomento non deve perciò applicarsi se non ai contratti retti dalla legge francese. « Non è esatto aggiunge il Chausse, dire che l'obbligazione di pagare gli interessi moratori abbia avuto origine in Francia essendo la conseguenza della domanda di pagamento; tale obbligazione è una conseguenza della inesecuzione del contratto, preveduta dalle parti; la domanda giudiziale non è il principio generatore del diritto agli interessi, ma ha soltanto per iscopo e per effetto di constatare il ritardo,

(1) *Revue Critique*, 1886, pag. 693, 4. Éxamen Doctrinal, Chausse, Droit International.

e noi stimiamo che ogni altro atto, come per esempio, una diffida avrebbe per conseguenza di far decorrere gli interessi se la legge del contratto vi attribuisce un tale effetto ».

La soluzione risultante da tale critica del Chausse si collega colla dottrina della sottomissione volontaria in materia di obbligazioni; (1) dottrina che in questi limiti abbiamo veduto, anche nel trattare del regime matrimoniale, (2) quanto sia feconda d'incertezze e di soluzioni contradditorie; mentre invece è più logica e più sicura quella secondo la quale, si ritiene che, lasciata in certi limiti libertà di accordi alle parti, la legge disponga imperativamente in quanto quelle non abbiano disposto. La legge competente deve ricercarsi allora secondo criterî indipendenti dalla presunta e diversamente apprezzabile volontà delle parti stesse.

In un paese che abbia poi adottata in materia d'obbligazioni la dottrina di diritto internazionale privato sancita dall'articolo 9 del nostro codice, qualunque misura d'interesse fosse stipulata da un contratto straniero potrebbe esservi validamente pretesa; se la legge del paese dove avvenne il contratto prescelse la libertà dell'interesse, tratterebbesi infatti di effetti di un'obbligazione straniera cui non si opporrebbe nel luogo dell'esecuzione veruna norma di ordine pubblico; se nel paese del contratto fosse fissato agli interessi un limite che il contratto avesse varcato, lo stesso articolo 9 autorizzerebbe a ritenere nel caso concreto quella stipulazione come dimostrazione certa della volontà delle parti di sottrarre per quel rispetto gli effetti della loro convenzione alla legge del contratto, sottoponendoli a quella della esecuzione. Del pari quanto agli interessi moratori quando non vi sia (3) fra le parti un patto speciale circa i danni, la misura è data non già dalla legge del contratto, ma da quella del nostro territorio dove se ne domanda l'esecuzione.

Anche la legge del luogo di esecuzione ha dunque un minimo campo di azione che le è attribuito dovunque; ma, oltre a questa cerchia universalmente riconosciutale, essa esercita secondo talune leggi sulla sostanza stessa del contratto una efficacia che secondo altre le è negata, ponendo così in conflitto rispetto al medesimo og-

(1) V. vol. I, pag. 45, 6, 82-4.
(2) Vedi pag. 213 e segg.
(3) Art. 1152, 3 cod. civ. fr.; e 1230, 1, cod. civ. italiano.

getto l'una coll'altra; e circa la stessa misura degli interessi, la prevalenza della legge del luogo di esecuzione è ben lungi dall'essere così universalmente e semplicemente prevalente come apparirebbe dalla regola formulata dal Savigny. (1)

678. — La legge della situazione della cosa ha pure una cerchia d'operazione rispetto alla quale i criteri di diritto internazionale privato adottati dai diritti particolari di tutti gli Stati, vanno d'accordo, ed è quella che venne determinata parlando dei diritti reali: (2) tutte le disposizioni che hanno lo scopo di rendere perfetto il trasferimento di un diritto reale mobiliare od immobiliare, tutte quelle che si riferiscono alla esecuzione forzata su mobili od immobili, sono regolate esclusivamente dalla legge del luogo dove la cosa si trova e gli atti da esse contemplati devono compiersi conformemente alle prescrizioni di questa legge. (3) Ma, per quanto riguarda l'efficacia spettante alla legge della situazione della cosa, che forma oggetto del contratto, sulla forma e la sostanza dell'obbligazione, sugli effetti di questa e sulla capacità delle parti, variano i criteri di diritto internazionale privato adottati nei vari paesi. Gli Stati che ammettono l'estraterritorialità dello statuto personale, e della legge del contratto, vogliono che le disposizioni proprie, e rispettivamente quelle degli altri Stati rispetto ai contratti in questi stipulati siano seguite in quanto riguarda la sostanza del contratto qualunque sia la specie dei beni che formano oggetto della convenzione ed il paese dove questi sono situati. Tale principio è pienamente ammesso dal diritto italiano; non è riconosciuto senza qualche restrizione dalla giurisprudenza francese ed è appunto per impedire che si riproduca nella giurisprudenza l'assoggettamento allo statuto reale delle convenzioni relative ad immobili, che il progetto belga lo esclude esplicitamente nell'articolo 7. (4) Invece secondo il diritto inglese il contratto relativo ad immobili soggiace quanto alla validità ed agli effetti e perfino quanto alla capacità stessa delle parti, alla legge della situazione della cosa; (5) così che i con-

(1) § 374. — (2) Vedi cap. antecedente.

(3) Cod. civ. ital. art. 10, cod. proc. franc. art. 420, prog. belga art. 5 e 11, Trib. comm. di Rouen, 2 Marzo 1885, Depeaux c. Stevenson *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 427-430.

(4) *Revue*, 1886, pag. 472, 3. Vedi Landr. Pruss. P. I, T. 5, art. 115. Le convenzioni immobili soggiacciono alle forme della situazione.

(5) Westlake, l. c., e Guthrie, pag. 183, 4.

tratti fatti in Inghilterra su immobili situati in altro paese, vi sono giudicati validi quanto alla forma, alla validità ed agli effetti, se son tali secondo le leggi di questo, anche quando non sarebbero validi secondo la legge d'Inghilterra, quantunque in questo paese siano stati fatti e se ne deva giudicare.

Così giudicò l'alta corte (1) a proposito di un contratto inglese relativo a beni situati in Scozia. Clutterbuck era fittabile di una piccola abitazione e del diritto esclusivo di caccia su 10500 acri di terra paludosa esistente in Iscozia, per effetto di una concessione di tre anni contenente la clausola di lasciare una certa quantità di covate di francolini sul fondo alla fine del contratto. Avendo il concedente Adams presentata in giudizio la domanda di 1200 sterline di risarcimento per la violazione di questa clausola, Clutterbuck oppose di esser divenuto possessore del fondo in virtù di un atto scritto semplice e non di un atto sigillato (deed), affermando che da un simile atto non derivava il diritto di caccia come una dipendenza della casa. L'attore sosteneva che trattandosi d'un diritto di caccia sopra un terreno situato in Scozia, l'indole del diritto ed il modo della trasmissione non dovevano regolarsi secondo la legge inglese, ma secondo quella che per la trasmissione di un simile diritto non esigeva un atto sigillato. Quantunque l'atto fosse stato fatto e firmato in Inghilterra nella giurisdizione della Corte e perciò in condizioni tali che, se avesse avuto per oggetto cose mobili, sarebbe stato ritenuto regolato dalla legge inglese anche quando fosse avvenuto fra stranieri; e quantunque le parti fossero inglesi domiciliati in Inghilterra; la corte decise che doveva applicarsi al caso in questione la legge scozzese ed ordinarsi perciò l'esecuzione del contratto, poichè secondo la *lex fori* di Inghilterra la sola *lex loci* di Scozia era competente a reggere quel rapporto giuridico.

Quanto alla forma, un altro conflitto può sorgere da ciò che in un paese si esiga compiuto nel territorio ogni atto relativo alla disposizione di immobili che vi siano situati. Così il Jolivot segretario del consiglio di Stato di Monaco, scrivendo su tale argomento, (2) lamenta che troppo spesso s'incorra in una trascuranza dello statuto reale che ha conseguenze dannose per le parti inte-

(1) Queens' Bench Division, 20 febb. 1883, Adams c. Clutterbuck.

(2) Bulletin de la Soc. de Lég. Comp. 1887, pag. 510. Lettera di J. Jolivot, secret. du conseil d'État de la princip. de Monaco.

ressate, facendo cioè la vendita di immobili situati nel principato presso un tribunale straniero in onta alla legislazione locale ed all'articolo 3, § 2 del codice civile secondo il quale « gli immobili, anche quelli posseduti da stranieri, sono retti dalle leggi del principato ». L'articolo 1425 esige che la vendita di immobili di un valore superiore a 150 franchi sia constatato per atto autentico *sotto pena di nullità*. Secondo l'ordinanza sul notariato (art. 1) ed il codice di procedura, devonsi intendere per atti autentici quelli che sono ricevuti dai *notai del principato* per le vendite amichevoli e quelli relativi alle vendite *giudiziarie* compiuti presso le autorità del principato in casi speciali come quelli enumerati nell'articolo 383 del codice di procedura secondo il quale:

« I beni immobili appartenenti in tutto od in parte ai minori interdetti od assenti; i beni immobili dotali delle donne maritate, quelli degli eredi beneficiari ed in fine quelli dei falliti *non potranno essere venduti* se non presso il tribunale superiore di Monaco nella forma seguente. . . . » È vero che l'articolo 232 del codice di procedura civile dispone: « Le sentenze rese e gli atti passati in paese straniero non saranno esecutori nel principato *e sui beni che vi sono situati* o ne provengono se non in virtù d'una ordinanza speciale del principe emanata in seguito a relazione fattagli dall'avvocato generale ». Ma chi non avesse tenuto conto delle antecedenti prescrizioni formali, non potrebbe invocare l'articolo 232 per coprire le nullità in cui fosse incorso, poichè non sarebbe ammissibile ch'esso fosse stato sancito coll'obbiettivo di favorire la violazione della legge del paese.

679. — Dell'impero della legge nazionale delle parti circa la forma del contratto, abbiamo accennato trattando della cerchia d'efficacia della *lex loci contractus*. Abbiamo accennato allora ai conflitti cui può dar luogo l'una e l'altra secondo che vengano adottate rispettivamente come criterio di diritto internazionale privato relativo alla scelta delle forme autentiche o semplici o della specie delle forme appartenenti all'uno od all'altro genere che debbano seguirsi in un determinato paese. Però abbiamo notato come le difficoltà che possono derivare dall'uso facoltativo delle une o delle altre forme (riconosciute in un paese e non in un altro) concesso a coloro che contrattano fuori della propria patria, siano diminuite dall'estendersi delle attribuzioni consolari che rendono possibile di seguire all'estero, in modo valido anche rispetto al diritto del paese dove

si agisce, le forme solenni prescritte dalla legge della propria patria, non meno che quelle del paese dove l'immobile è situato. I conflitti possono sorgere in tale materia dall'uso delle forme della legge patria nei contratti fatti all'estero, quando trattasi di individui connazionali che agiscano in un paese dove non si riconosca l'uso facoltativo delle forme nazionali; quando trattisi di due individui di diverse nazionalità, ma le cui leggi rispetto a quelle forme siano identiche, e che contrattino in uno Stato dove l'uso delle forme comuni alle due leggi personali sia loro consentito come secondo il progetto belga e vogliano far riconoscere come valido altrove quel contratto, o che contrattino nelle forme comuni alle leggi rispettive dove l'uso di queste non sia loro consentito e debbano far valere in un paese di diritto diverso quel loro contratto formalmente contestabile nel paese della propria origine. Inoltre può avvenire che nello Stato dove due persone stipulino un contratto, i criteri per giudicare della loro nazionalità siano diversi da quelli seguiti dove si debba eseguire, o si voglia far valere o si pretenda impugnare quel contratto.

Così sarebbe, e riguardo alla forma e specialmente riguardo alla sostanza dell'obbligazione, quando si trattasse di due contraenti o di uno di loro che fosse o per origine o per effetto di naturalizzazione, di nazionalità contestata fra i due paesi; o quando una delle parti contraenti fosse una società ritenuta in entrambi i paesi nazionale. Data una società costituita in Francia con capitali francesi per esercitare un'industria o per eseguire un'opera pubblica in Italia, (1) essa sarebbe considerata in Italia come una società italiana, nè chi la rappresenta, anche essendo straniero e contraendo con un altro straniero dello stesso paese, potrebbe seguire forme diverse da quelle della legge italiana. In condizioni analoghe la corte di cassazione francese (2) giudicò che una simile società deve ritenersi società francese.

680. — La presunzione che la obbligazione contratta da due nazionali all'estero sia retta dalla legge del loro paese si presenta naturalmente, sia che si assuma per criterio direttivo l'autonomia individuale, sia che si badi alla competenza della legge, poichè nel

(1) Codice italiano di comm. art. 230, corte d'appello di Milano 1884. Sacchi c. Tramway di Vicenza, *Annali di Giurisprudenza Italiana*, 1884, III, pag. 120-3.

(2) 20 Giugno 1870, Bard. l. c., pag. 277-8.

primo caso trattasi della legge meglio nota alle parti, nel secondo di quella per se stessa più atta a governare i loro atti. A tale presunzione s'ispira il codice italiano, la giurisprudenza francese e belga, e non mancano esempî della sua applicazione nella giurisprudenza germanica. Se non che, mentre secondo il criterio di diritto internazionale privato adottato dal diritto nostro, l'applicazione della legge nazionale ai due contraenti dipende da una presunzione della legge stessa, contro la quale si ammette una dimostrazione contraria, nel diritto francese la presunzione è sempre per la legge del contratto, e si ammette soltanto la ricerca della volontà delle parti di sottoporre la propria obbligazione alla legge nazionale comune; quando dunque un contratto sia stato fatto all'estero fra francesi non si presume applicabile a priori la legge francese, ma spetta al giudice del fatto decidere sovranamente secondo le circostanze della causa se fu intenzione dei contraenti di sottomettersi alle leggi francesi. (1)

È questione identica a quella che si presenta specialmente rispetto al contratto di matrimonio; dato che non vi sia nessuna manifestazione di volontà e nessuna circostanza da cui si possa dedurla, basterà secondo il diritto italiano, la comune nazionalità straniera delle due parti per applicare alla sostanza dei loro rapporti obbligatori la legge nazionale; mentre secondo il diritto francese quel fatto solo della comune nazionalità straniera non basterà per far applicare una legge diversa da quella del luogo del contratto. Sicchè se due francesi facessero in Italia un contratto di matrimonio col quale, dopo aver provveduto in parte ai proprî interessi economici, si riferissero senz'altro alle disposizioni della legge, s'applicherebbe loro fra noi la legge francese della comunione limitata; se invece due italiani agissero nell'identico modo in Francia senza che da veruna circostanza potesse risultare da parte loro la scelta d'una delle due leggi, si applicherebbe in Francia ai loro rapporti obbligatori non già la comune legge italiana, ma quella francese.

Nello stesso senso deve intendersi il codice austriaco (2) che alle obbligazioni fra stranieri contratte in Austria, vuol applicate le proprie disposizioni quando non venga provato che nella crea-

(1) Dalloz 1884, I, 286. corte di cass. 19 Maggio 1884, Vorbe c. Vorbe.
(2) § 36.

zione del vincolo giuridico siasi avuto in vista un'altra legge diversa, mentre (1) alle obbligazioni fra austriaci contratte all'estero applica, in quanto non debbano produrre effetti nello Stato, le disposizioni della legge straniera. Invece il codice serbo (2) dispone che tutte le obbligazioni contratte fra serbi all'estero siano rette dalla legge serba se le parti non hanno stipulato che le loro divergenze saranno regolate secondo la legge straniera, e che se uno straniero contratta con un altro straniero in Serbia, sia pure applicabile il codice serbo nel caso in cui gli effetti legali del contratto debbano prodursi in Serbia, eccettochè quando le parti abbiano espressamente stipulato di aver riguardo alla legge straniera. (3) Nella Scozia gli stranieri possono, almeno in parte, invocare la propria legge per far eccezione a quella locale, non ammettendovisi l'efficacia di alcun uso o consuetudine locale se si può ragionevolmente supporre ch'essa fosse ignorata da una delle parti; e spetta in tal caso alla parte che vi vuol ricorrere di dimostrare che essa era nota all'altro contraente. (4) La giurisprudenza danese preferisce alla dottrina del Savigny, quella del Bar favorevole alla legge del domicilio del debitore; così giudicò anche la corte d'appello di Copenaghen applicando la legge del domicilio del debitore fra parti svedesi delle quali il creditore era domiciliato in Danimarca ed il debitore in Russia. (5) Lo stesso principio è adottato anche in Germania con eccezione però nel caso del commissionario i diritti e le obbligazioni del quale relativamente alle merci da lui acquistate e consegnate nel luogo della sua residenza, devono, anche nel caso ch'egli agisca per ordine d'un negoziante domiciliato in Germania, essere regolati dal diritto e dagli usi commerciali vigenti nel luogo della residenza, specialmente in quanto concerne il diritto di lui ad indennizzarsi sulle merci delle proprie competenze quando il committente ritardi ad eseguire i suoi impegni; ed in quanto concerne le forme secondo le quali il commissionario deve esercitare tale diritto. (6) Sicchè anche

(1) § 4. — (2) Art. 46. — (3) Pavlovitsch, l. c., pag. 144-6.

(4) Lorimer, pag. 247.

(5) Olsson c. Johnsson, 2 febb. 1885. Beauchet, *Bullettin de la Jurisprudence Danoise, Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 223.

(6) Trib. dell'impero 16 Dic. 1885. Christiansen c. David e Javitz. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 84. Beauchet, *Bullettin de la Jurisprudence Allemande.*

fra i sistemi di diritto che nel regolamento internazionale delle obbligazioni prendono in considerazione la legge personale delle parti, v'è pur tanta diversità quanta basta a metterli in conflitto: fra la presunzione del diritto italiano in favore del diritto nazionale delle parti; la ricerca della volontà delle parti voluta dal diritto francese ed austriaco perchè si possa derogare dalla *lex loci contractus;* la espressa deroga che vuolsi stipulata dalle parti secondo il diritto serbo; e le eccezioni parziali e particolari ammesse da quello scozzese, v'è ancora abbastanza diversità, perchè, dato un contratto stipulato in uno di quei paesi da sudditi di un altro, i magistrati d'entrambi i territorî possano ritenersi autorizzati egualmente ad applicare alle controversie che possono derivarne la legge rispettiva ad esclusione di quella dell'altro Stato.

Ed anche nel caso in cui un simile dissidio non avvenga ed il tribunale che deve decidere una controversia non rifugga dall'applicare la legge straniera, può avvenire, per effetto degli scarsi mezzi che si hanno di provare le norme di diritto vigenti negli altri Stati, che quella venga applicata nominalmente, ma non in realtà, e che il magistrato giudicante debba abbandonarsi alle induzioni nel ricercarla e nell'applicarla. Così il tribunale di Amsterdam (1) di fronte alla difficoltà di consultare certe leggi dello Stato di Georgia applicò al rapporto di cui si trattava, il diritto comune anglosassone, autorizzando le parti a provare davanti al giudice d'appello che le leggi georgiane ne differivano. Nella sua affermazione generale quel giudizio induttivo non era errato, perchè il diritto comune non fu sostituito in Georgia da un codice se non nel 1882, ed il codice stesso non è che un largo e comprensivo ordinamento di quello senza che il legislatore abbia attinto ad altri sistemi di diritto; ma nulla di preciso si sapeva dal magistrato olandese delle disposizioni particolari che potevano esservi state adottate dopo l'indipendenza americana circa il contratto di cui si trattava. Da tale difficoltà che si presenta tanto nel caso d'applicazione della legge nazionale quanto in quello di applicazione della legge del luogo d'origine del contratto, rispettivamente in paesi diversi da quello del contratto e da quello della persona, è aperto l'adito all'eventualità che le parti protestino in nome della legge applicabile al loro rapporto giuridico, appunto contro il giu-

(1) 8 Gennaio 1879, Hingst, l. c., n.° 1.

dice che volle e credette applicare quella stessa legge; e ciò dimostra una volta di più quanto urgente sia regolare la prova delle leggi straniere.

681. — Devesi per ultimo considerare nel regolamento internazionale delle obbligazioni il campo d'azione della *lex fori;* questa coincide sovente colla legge del luogo indicato per l'esecuzione del contratto, e, specialmente nel caso d'immobili, colla legge della situazione della cosa; ma talora il luogo del giudizio è diverso da quello proprio degli altri elementi suaccennati, ed in ogni modo v'è una sfera di efficacia che deve spettare alla *lex fori* esclusivamente considerata come tale. Anzitutto la determinazione concreta della competenza del magistrato non può esser fatta valere se non dalle leggi del paese cui il magistrato stesso è sottoposto; e, dato che vi sia fatta valere, non se ne possono far sentire le conseguenze nel paese della persona o della cosa quando in questi vigano rispetto a quella competenza regole diverse. Come ebbimo già occasione di accennare, le norme di diritto internazionale privato (1) adottate dalle varie leggi a tale riguardo sono ben lungi dall'essere eguali fra loro; si ammette la competenza territoriale quanto alle azioni che hanno direttamente per oggetto beni immobili: ma, ad eccezione di queste, variano i criteri circa la competenza rispetto ad ogni altra controversia fra stranieri. In Italia non si fa veruna riserva per questi in confronto che per i nazionali; in Inghilterra secondo l'Ordine XI, Regola I degli « English Judicature Acts », è ammessa la competenza delle corti locali ogniqualvolta nella loro giurisdizione sia avvenuta infrazione di un contratto, dovunque concluso; i tribunali francesi riconoscendosi competenti per azioni immobiliari relative ad immobili situati in territorio francese, non si ritengono obbligati a conoscere di verun altro litigio fra stranieri; e giudicano come un privilegio esclusivo dei francesi la giurisdizione francese. Abbiamo già notato (2) come tali diversità possano produrre talora difficoltà di trovare un paese dove si possa ottenere giustizia, talora difficoltà di far valere in un paese la sentenza ottenuta nell'altro. Ma, pur supposto che sia rimossa ogni incertezza circa la determinazione del fòro, v'è anche per la propria legge di questo un minimo campo d'azione rispetto al quale esiste accordo fra i diritti particolari, ed altre sfere di

(1) Vedi vol. II, pag. 216-226. — (2) V. l. c., pag. 169.

efficacia della medesima legge rispetto alle quali i diritti dei diversi Stati non vanno d'accordo e possono trovarsi tra loro in conflitto.

Le forme della procedura ed il modo dell'assunzione delle prove anche quando queste, quanto alla loro ammissione o non ammissione, dipendano dalla legge del contratto, non possono venir regolate se non dalla *lex fôri*; inoltre, per quanto riguarda la sostanza stessa dell'obbligazione, il giudice non può mai sancire colla propria sentenza una disposizione particolare di volontà o di legge straniera che sia condannata da un'assoluta norma del diritto pubblico del proprio paese; e per quanto riguarda l'esecuzione del giudicato da ottenersi nel medesimo paese, non può valersi di mezzi diversi da quelli consentiti dalle leggi stesse da cui dipende. Circa la determinazione però di questi due criteri generali e la loro applicazione ai casi concreti, esistono notevoli divergenze fra le soluzioni preferite nei diversi paesi.

682. — I limiti nei quali la legge del giudice deve prevalere su quelle proprie delle parti appartenenti ad altri paesi e dei contratti fatti od eseguibili altrove, sono formulati dagli articoli 11 e 12 del nostro codice civile, dagli articoli 3 e 6 del codice francese, e dall'articolo 14 del progetto belga che dispone: « Nonostante gli articoli che precedono non può aversi riguardo alle leggi straniere nei casi in cui la loro applicazione avrebbe per risultato di portar offesa alle leggi del regno che consacrano e garantiscono un diritto od un interesse sociale ». In modo analogo l'ordine pubblico risulta garantito dalle leggi e dalla giurisprudenza di tutti gli altri paesi civili. Tale riserva all'applicazione del diritto straniero fu così formulata in Inghilterra: « Quando una corte di giustizia di un paese è chiamata a far eseguire un contratto fatto in un altro paese, essa deve proporsi non solo la questione se il contratto sia valido secondo il diritto del territorio dove fu fatto, ma anche se esso sia compatibile col diritto e colla politica di quello dove se ne domanda l'esecuzione; e nel caso che esso trovisi in opposizione con tale politica, la corte non può ritenerlo eseguibile ». Non v'ha nessun dubbio che sotto la sanzione di tali riserve cadano tutti i contratti che abbiano relazione colla vita pubblica dello Stato dove siede il giudice, sia essa rappresentata da un ordine di leggi costituzionali, amministrative, o penali. Così sarebbe di un contratto fatto all'estero per l'esercizio del contrab-

bando nello Stato dove poi gli interessati in quella convenzione volessero far definire una controversia che ne dipendesse; in simili casi non sono gli stranieri che devono rivolgersi al diritto civile di uno Stato; ma è questo Stato che deve andare in traccia di loro col proprio diritto penale. Ma la riserva dell'ordine pubblico s'estende certamente ad altri casi oltre a quelli di questo genere la cui soluzione è di per sè stessa tanto evidente; come dunque determinare l'estensione delle esigenze della *lex fōri* per la tutela dell'ordine pubblico oltre ai limiti di questo campo che è certamente del suo dominio? A proposito di un contratto del quale si domandava dichiarazione di nullità come contrario all'ordine pubblico « against public policy », il « master of the rolls » d'Inghilterra rilevando il pericolo che la formula sanzionante quella riserva fosse concepita in modo da renderne possibile l'estensione a troppo vasto campo, diceva; « Non dovete estendere arbitrariamente queste regole secondo le quali un contratto deve intendersi nullo quando è contrario all'ordine pubblico; poichè se vi è una cosa più che d'ogni altra richiesta dall'ordine pubblico, questa è che gli uomini debbano avere la massima libertà di contrattare, e che i loro contratti, una volta stipulati liberamente e volontariamente, siano tenuti per sacri e fatti rispettare dalle corti di giustizia. Voi dovete anzitutto prendere in considerazione questo massimo ordine pubblico, che v'impone di non immischiarvi troppo facilmente nella libertà dei contratti ». (1) Ma se è formula vaga il *limite d'ordine pubblico*, è pur vago altresì il limite di questo limite formulato del resto così bene dal magistrato inglese; è sicuro che una certa prevalenza spetta per quel titolo alla *lex fōri;* è anche ben determinato in parte il campo di quella prevalenza, ma al di là di questo campo tutto resta abbandonato al prudente arbitrio del giudice tanto nei paesi in cui la formula che gli conferisce quell'autorità risulta dalla lettera della legge, come in quelli dove essa risulta dalla giurisprudenza e più che da questa ancora, dalla stessa necessità delle cose.

683. — Ed anzitutto nella stessa misura in cui ogni giudice deve assolutamente proteggere qualunque legge politica del proprio paese, dovrà venir protetta da lui anche ogni legge d'altro

(1) Printing Company c. Sampson, L. R. 19. Eg. 465, ap. Holland: Elements, pag. 203.

paese civile avente lo stesso carattere? La legge ed i tribunali d'ogni Stato moderno proteggono i diritti civili degli Stati stranieri e dei sovrani stranieri, ma non estendono eguale protezione ai loro diritti politici. I tribunali inglesi, per esempio, non impedirebbero ad alcuno di esercitare il contrabbando a detrimento di un fisco straniero. Che se nel 1861 si accordò all'Imperatore d'Austria un interdetto che impediva a Kossut di fabbricare in Inghilterra carta moneta destinata alla circolazione in Ungheria, la maggioranza dei giudici si indusse a quella concessione soltanto in ragione del profitto pecuniario che da quel monopolio derivava all'Imperatore, ed il Lord Justice Turner, non reputando sufficiente neppur tale motivo, basava la propria decisione sul danno che dal fatto di Kossut ne veniva ai sudditi stessi dell'Imperatore. (1)

Il Laurent (2) cita la giurisprudenza della Francia e quella dell'Inghilterra e degli Stati Uniti come favorevoli al riconoscimento della validità dei contratti relativi al contrabbando da esercitarsi a danno di uno Stato straniero, sia che abbiano per oggetto la costituzione di una società collo scopo di esercitarlo, sia che si tratti dell'assicurazione delle merci. Lo Heffter invece cita una sentenza della corte suprema di Berlino che dichiara una simile convenzione contraria ai buoni costumi ed alle leggi. (3) La giurisprudenza belga ritiene che, quantunque la convenzione per esercitare il contrabbando all'estero non sia un delitto punito dalla legge penale belga, l'ordine pubblico si opponga a ciò che i giudici sanzionino riconoscendola una tale convenzione; ma poichè essa ha per oggetto un fatto riprovato dalla coscienza pubblica ed è nulla come avente una causa illecita nel paese dove dovrebbe eseguirsi, ammette che debba pur ritenersi nulla in Belgio come contraria ai buoni costumi. (4) Le leggi della Georgia dichiarano contrari all'ordine pubblico quei contratti che hanno per iscopo di eludere o contrariare le leggi finanziarie di un altro paese; (5) il progetto di codice penale inglese del 1879 (6) limita tale protezione alla

(1) Westlake, l. c., § 144-6.

(2) Vol. VIII, pag. 174.

(3) Heffter, IV ediz. fr. 1883, pag. 78, n. 1.

(4) Corte d'appello di Bruxelles, 17 febbr. 1886, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, *Bullettin de la Jurispr. Belge*, pag. 214.

(5) Stimson, l. c., pag. 457. — (6) Sez. 371, 2.

legge penale straniera ai reati concernenti le monete d'oro e d'argento straniere, che sono puniti colla pena di sette anni di lavori forzati comminando quella di due anni di carcere con lavoro severo a quelli che fabbricano false monete straniere di rame. Ma questa dottrina non è universalmente accolta, e sussiste la possibilità che un contratto di quel genere costituisca un atto punibile in un paese senza essere destituito in un altro di tutte le azioni derivanti da un valido rapporto giuridico.

684. — Il codice italiano (1) non accorda azione veruna per il pagamento di un debito dipendente da giuoco o da scommessa, riproducendo una disposizione del codice francese. (2) Il codice prussiano (3) non accorda veruna azione per lo stesso titolo; quello di Zurigo ritiene obbligato chi ha guadagnato a versare la somma nella cassa dei poveri del comune. (4) Il codice austriaco, pur distinguendo fra le scommesse ed i giuochi leciti od illeciti nei riguardi delle leggi politiche, dispone (5) che esse obblighino quando il prezzo sia stato non solo promesso, ma anche pagato o depositato, ma che il prezzo non possa domandarsi giudizialmente. Così il diritto portoghese; (6) il diritto spagnuolo non riconosce al debito di giuoco nemmeno il carattere di un'obbligazione naturale, ed autorizza il perdente a reclamare nel termine di otto giorni la somma pagata; (7) e quello russo stabilisce che anche se un prestito sopra pegno fosse stato fatto in seguito al giuoco o per causa del giuoco, non solo il prestito sia nullo, ma il pegno stesso debba essere confiscato e venduto distribuendone il prezzo per un quarto agli ospitali, per un altro al mantenimento della polizia e per gli altri due al denunciatore; (8) ed una legge del 1845 dichiarò senza eccezione nulli anche in Inghilterra tutti i contratti fatti in occasione di un giuoco o di una scommessa. (9)

Il codice della Luisiana contiene (10) disposizioni analoghe a quelle del codice francese; ma le leggi di altri Stati dell'Unione sono più rigorose; il denaro pagato o la proprietà ceduta per tali motivi possono essere ricuperati dal perdente purchè agisca entro

(1) Art. 1802. — (2) Art. 1965.
(3) I. 11, § 577. — (4) § 1764. — (5) § 1271. — (6) Art. 1510-4.
(7) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 395.
(8) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 350. 1.
(9) Lorimer, pag. 240 Pavitt, pag. 66.
(10) Art. 2982-4.

sei mesi dalla perdita nella Nuova Jersey, nell'Ohio, Indiana, Illinois, Kentucky, Georgia, Alabama, Mississipi, entro tre mesi nel Massachussetts, Maine, Nuova York, Michigan, Virginia Occidentale, Tennessee, Missuri, Arkansas e Carolina del Sud; entro un anno nel Nuovo Messico, ed anche dopo nel Minnesota, Nebraska, Maryland e Washington. Nell'Oregon si può ripetere il doppio del perduto senza limiti di tempo; entro un mese nel Vermont; entro tre mesi nel Connecticut; ed entro dieci giorni nella Pennsylvania. Inoltre, anche dopo spirati i termini suaccennati, può esercitarsi la stessa azione dai terzi in Georgia durante quattro anni, nel Kentucky durante cinque; senza speciali limiti di tempo nel Maine, Ohio, Illinois, Virginia, Carolina del Sud, entro sei mesi nella Nuova Jersey, e dodici nel Tennessee e nell'Alabama. Il terzo che agisce può ottenere il triplo del perduto, nel Massachussetts, Maine, Illinois, Virginia, Kentucky e Carolina del Sud; e la somma ricuperata è divisa fra l'attore e le scuole della contea in Georgia, Illinois e Carolina del Sud, fra quello e lo Stato nella Nuova Jersey e nella Virginia; fra quello e la città nel Maine; ed è riservata nel Tennessee e nell'Alabama per la vedova ed il prossimo parente di chi aveva perduto. (1)

Quando sorga davanti al magistrato di un paese un litigio relativo a rapporti giuridici di questa specie originati od eseguibili in un altro paese, il giudice può trovare nella propria legge ammesso il riconoscimento dei debiti di giuoco mentre questo è negato dalla legge d'origine o di esecuzione del contratto; oppure mentre secondo queste leggi l'obbligazione è valida, la legge del paese dove siede il magistrato può non riconoscere quei debiti come obbligazioni civili; non riconoscerli nemmeno come obbligazioni naturali; autorizzare, collo scopo di porre un freno al giuoco, il perdente a ripetere anche più di quanto abbia perduto; od estendere il concetto del contratto di giuoco anche a quelle contrattazioni di titoli di credito che abbiano un elemento aleatorio. (2) Ciascuna di queste leggi imperante nel territorio del giudice, deve rispettivamente ritenervisi del tutto territoriale come interessante l'ordine pubblico?

(1) Stimson, l. c., pag. 457, 8.

(2) Contro tale interpretazione quanto alle operazioni di borsa la giurisprudenza inglese; vedi Queen's Bench Division, 7 Dic. 1878, Ibacker c. Ilardy, *Journal*, 1887, pag. 121-3.

685. — In Italia la risposta affermativa risulta dalla disposizione dell'articolo 12 del titolo preliminare che assimila alle leggi territoriali quelle che in qualsiasi modo interessano il buon costume; e dal fatto che le leggi intese a porre un freno al giuoco sono evidentemente ispirate dal concetto morale della tutela del costume nella società sulla quale impera il legislatore. Così decise anche la giurisprudenza francese; sicchè un debitore per causa di giuoco, dovunque avesse contratta l'obbligazione, non potrebbe venir citato per adempierla nè in Italia nè in Francia; ma se egli fosse americano od avesse contratto il proprio debito in America, non potrebbe ripetere nè in Italia, nè in Francia la somma perduta che avesse pagata.

La giurisprudenza inglese e quella americana sono invece meno assolute. La prima ammette come massima generale che quando il diritto positivo di uno Stato proibisce che certi contratti vi producano efficacia secondo le leggi del paese dove furono fatti, la prima legge debba prevalere, perchè la proibizione è supposta fondata su qualche ragione politica o su qualche motivo di utilità del paese che la sancisce; e questa utilità o questa politica sarebbe offesa se si permettesse di produr effetto ad una legge straniera contraria. (1) Pur tuttavia vi si ammette che una convenzione immorale secondo la legge inglese e perciò nulla se stipulata in Inghilterra, possa essere riconosciuta come valida dai tribunali inglesi, quando sia stata stipulata in altro territorio e non si pretenda di realizzarla nei limiti dello Stato, ma la sua esistenza formi argomento d'una questione pregiudiziale in una controversia sorta per altro motivo in Inghilterra. In questo senso anche i giudici inglesi non rifiutarono di concedere riconoscimento a contratti di giuoco; ritenendo che nei rapporti fra soci per motivo di giuoco fosse concesso di adire i tribunali locali per la divisione delle somme guadagnate fuori del territorio inglese. (2) Fu anche giudicato che una somma guadagnata dove i contratti di giuoco sono validi, potesse domandarsi in giudizio in Inghilterra (3); ma il Guthrie dichiara insostenibile quest'ultima decisione dalla quale sarebbe annullato l'impero territoriale assoluto

(1) Phillimore, Comment, vol. IV, 742.
(2) Guthrie, l. c., pag. 83,4.
(3) Quarrier c. Colston ap. Guthrie, pag. 252, 3, n.° 3.

della legge che vieta i contratti di giuoco. Invece nel caso di un'azione introdotta da una prostituta che invocava un contratto fatto all'estero, per ottenere un compenso della propria prostituzione, fu deciso che quel contratto, anche se legale dove era stato fatto, non poteva formar titolo d'un'azione in Inghilterra, perchè il motivo dell'obbligazione era apertamente immorale ed una sentenza che lo facesse eseguire costituirebbe un esempio pernicioso. (1)

Il diritto inglese nega l'azione anche agli avvocati per il pagamento degli onorarî guadagnati nell'esercizio della loro professione, anche nel caso che il cliente ne avesse fatto loro una formale promessa; e fino all'anno 1858 erano nella stessa condizione anche i medici; ma così rispetto agli uni come agli altri risulta dal confronto delle sentenze antecedenti che, non essendo turpe la causa del loro credito, i giudici inglesi non si sarebbero rifiutati a tutelarlo quando ne fosse stata dimostrata la origine straniera. Da tuttociò chiaramente apparisce come sia diverso l'impero attribuito dalle norme di diritto internazionale privato accolte nei varî paesi alla *lex fôri* rispetto alla tutela di quelle stesse proibizioni che siano comuni ai diritti rispettivi, e come, laddove il motivo dell'impero concesso a quella legge sia formulato non dalla legge scritta ma dalla giurisprudenza, siano ben lungi dall'essere uniformi e costanti anche le soluzioni che si possono riscontrare per casi analoghi in un medesimo territorio.

686. — Molto più diverse che rispetto al giuoco, sono le leggi dei paesi civili rispetto agli interessi del denaro: e del carattere più o meno connesso coll'ordine pubblico che si attribuisce alle rispettive disposizioni di quelle leggi, dipenderà l'influenza che esse dovranno esercitare sui contratti fatti altrove che vi sono contrarî, e cui fu destinato altrove un luogo di esecuzione, ma rispetto ai quali una controversia debba giudicarsi dai giudici del territorio dove quelle norme proibitive sono in vigore. In Francia la legge del 3 Settembre 1807 fissò l'interesse legale al cinque per cento in materia civile ed al sei in materia commerciale, disponendo che l'interesse convenzionale non potesse eccedere quello legale; l'interesse eccedente fu reputato usurario, ma l'usura non fu ritenuta un delitto, se non quando il prestatore vi si dedicasse

(1) Greenwand c. Curtis, ap. Guthrie, pag. 83.

abitualmente; la legge del 12 Gennaio 1886 vi proclamò la libertà dell'interesse in materia commerciale.

Negli altri Stati d'Europa l'interesse legale prevalente è pure nella stessa misura, ma nella maggior parte di quei paesi l'interesse convenzionale è libero; (1) negli scali di Levante (2) ed in molti paesi dell'America spagnuola l'interesse legale è del dodici per cento; negli Stati Uniti tanto la misura dell'interesse legale quanto dell'interesse convenzionale variano secondo gli Stati. Tutti gli Stati hanno naturalmente determinato un tasso d'interesse legale da accordarsi, quando la misura non ne sia determinata nel contratto; ma questo tasso è nel maggior numero degli Stati, specialmente fra quelli orientali, del 6 per cento, eccetto la Luisiana, dove è del cinque; nel Michigan, Wisconsin, Minnesota, Kansas, Nebraska, California, Dakota, Carolina del Sud e Georgia del sette per cento; nel Texas, Oregon, Alabama, Florida, dell'otto; nel Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Montana, Utah ed Arizona del dieci, e nel Wyoming del dodici. Quanto all'interesse convenzionale, nel Massachussetts, Maine, Rhode Island, California, Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Montana, Wyoming, Florida non esiste alcun limite; nel Kansas, Texas, Dakota, Nuovo Messico ed Arizona è fissato come limite massimo il dodici per cento; nel Michigan, Wisconsin, Jowa, Minnesota, Nebraska, Missuri, Arkansas, Oregon, Carolina del Sud, Mississipì e Distretto di Columbia il dieci per cento; nell'Ohio, Indiana, Illinois, Virginia, Kentucky, Carolina del Nord, Georgia e Luisiana l'otto per cento; nell'Idaho il diciotto; nel Connecticut, Nuova Jersey, Maryland, Virginia Occidentale e Pennsylvania l'interesse legale non può venir superato dalle convenzioni private. (3)

Anche in Europa il principio della libertà dell'interesse tende in alcuni paesi a perder terreno quantunque in Francia abbia conseguito recentemente una vittoria. È sorte che par riservata a più d'un principio economico o sociale proclamato nella prima metà del

(1) V. *Ann. de lég. Étrang.*, 1886, pag. 231, 2. Legge austriaca del 15 Maggio 1885, che ridusse l'interesse legale dal 6 al 5 per cento.

(2) Mémorial Diplomatique, 23 Aprile 1887, pag. 266: regolamento turco del 22 Marzo (st. gr.) 1887 che stabilisce il maximum lecito (art. 3) del tasso dell'interesse al 9 per cento tanto per i crediti ordinarî quanto per quelli commerciali.

(3) Stimson, pag. 595, 6.

secolo, quella di essere rimesso in discussione e sottoposto a duri cimenti nella seconda; il libero scambio è minacciato dovunque dalle pretese rinascenti del protezionismo, e nella stessa Inghilterra, che pur non è disposta a rinnegare del tutto la dottrina liberista, il *fair trade* comincia a trovare maggior favore del *free trade*; il legislatore tedesco e quello austriaco, ritornando opportunamente su certe affermazioni troppo assolute e dottrinarie, cercano nuovamente un modo efficace di colpire l'usura, e certi cantoni svizzeri la puniscono coll'ammenda da cinquanta a duemila franchi e col carcere estensibile ad un anno; (1) gli Stati Uniti che hanno inaugurata colla loro stessa esistenza la legge più liberale sulla naturalizzazione vi fanno una brutale eccezione a danno dei chinesi, e le colonie inglesi d'Australia, che pur hanno un territorio tanto sproporzionato alla popolazione, non rifuggono dall'arbitrio per chiudere il proprio territorio ai mongolici dimenticando la tradizione d'ospitalità della madre patria. (2)

Nelle leggi relative all'interesse del denaro si possono dunque riscontrare varie gradazioni d'indole imperativa: l'interesse convenzionale può essere dichiarato libero; può essere limitato all'interesse legale o ad un tasso facoltativo superiore a questo, nel senso che s'intenda come non dovuto quanto sia pattuito dalle parti in più oltre il tasso facoltativo; e può essere maggiormente limitato nel senso che cada anche sotto la sanzione penale l'atto di chi ottenga o si faccia promettere di più.

687. — Nel diverso carattere attribuito dalla legge al tasso limitato dell'interesse, deve cercarsi la ragione della diversa efficacia che può e deve essere assicurata a tale disposizione dal magistrato del paese dove quella legge è in vigore nel giudicare contratti stranieri che trovinsi in opposizione con tali sanzioni. La legge inglese non obbligava i giudici, quando da essa erano limitati gli interessi, a ridurre al tasso inglese gli interessi richiesti in Inghilterra per contratti stranieri, nè, dopo proclamata la libertà dell'interesse, li obbliga a non tener verun conto della legge limitatrice straniera; la sostanza del contratto vi si intende infatti governata dalla legge del luogo del contratto o dalla legge del

(1) Legge del Cantone di San Gallo del 1 Luglio 1884, *Ann. de lég. étrang.*, 1885, pag. 580, I.

(2) Sydney Morning Herald, 19 Gennaio e 12 Aprile 1888, e Daily News, 23 Maggio 1888.

luogo di esecuzione, fra le quali si ammette la opzione delle parti; ma in questa materia non si ritiene che la legge del fôro debba escludere quella del luogo destinato per l'esecuzione. Ogni questione relativa al tasso degli interessi ed alla ammissibilità od inammissibilità degli interessi composti, deve dunque dal giudice inglese venir regolata secondo la *lex loci solutionis*; ed il debitore convenuto deve essere condannato a pagare la somma che, al corso del giorno della condanna, rappresenterà l'ammontare del debito e degli interessi nel luogo che era fissato per il pagamento. (1) E nel caso di un debito d'una somma di denaro, per luogo di esecuzione non si intende, rispetto agli interessi, quello dove fu pattuito che debba farsi la restituzione, ma quello dove fu fatta l'anticipazione per cui è dovuto l'interesse. Un luogo di pagamento stipulato per la convenienza di una delle parti, non può ritenersi propriamente il luogo di esecuzione del contratto; per esempio in un contratto di assicurazione assunto da una compagnia di un paese sulla vita di una persona domiciliata in un altro, il semplice pagamento della somma dovuta al termine della vita non è il solo elemento per decidere qual paese in tale contratto debba ritenersi il luogo di esecuzione; una vera esecuzione di tale contratto essendo non meno la continua assicurazione della vita e l'assunzione del rischio, che il pagamento della somma al finire della vita assicurata. (2)

Sicchè secondo la dottrina inglese la *lex fôri* non prevale sulla *lex loci solutionis* in quanto riguarda l'ammissione dell'interesse pattuito, o la computazione dell'interesse non specificato in misura dalle parti; (3) le disposizioni della legge vigente nel paese del giudice devono prevalere su quelle contenute nella legge del contratto o dell'esecuzione soltanto se, misurato ai criterî proprî, il contratto apparisce viziato da mala fede; nel qual caso pure tutte le leggi sono d'accordo nel far prevalere assolutamente le proprie disposizioni. (4)

Il Laurent cita pure sentenze francesi anteriori al tempo in cui il Savigny formulava il principio dell'assoluta territorialità delle leggi permissive o limitatrici della libertà dell'interesse, che fu-

(1) Westlake, l. c., § 211. 2.

(2) Parker c. Royal Exchange Assurance Comp. 1846, ap. Guthrie, pag. 251, 2, n. 2.

(3) Story, Conflict of laws VI edit. § 304-6.

(4) Kent. Comment. on American Law, pag. 623, 5.

rono favorevoli all'applicazione anche a questo delle regole normali di diritto internazionale privato circa i contratti. Due coniugi francesi domiciliati a Nuova Orleans essendosi separati i beni, il marito erasi impegnato a pagare alla moglie la somma di 15000 piastre nel termine di tre anni coll'interesse del 10 per cento; ritornati in Francia, mortovi il marito, e sorta contestazione fra la vedova e le figlie, una di queste sosteneva che l'interesse dovesse computarsi secondo la legge francese, prevalente come legge d'ordine pubblico per chiunque viene a stabilirsi in Francia. La corte di Bordeaux, considerando che il tasso del 10 per cento era permesso dalle leggi della Luisiana, che il contratto era stato fatto in questo paese, e che le parti vi erano domiciliate, respinse il reclamo delle figlie, e ritenne applicabile il tasso d'interessi stipulato. (1) Varî anni più tardi si richiedeva in Francia l'esecuzione d'un contratto fatto nell'isola di Cipro e stipulante l'interesse annuo del 12 per cento; la corte di Aix, pur avendo ammesso gli interessi regolati dal contratto, come decorrenti in Francia fino alla domanda giudiziale, a cominciare da questa voleva che l'interesse fosse misurato secondo il tasso legale; ma la corte di cassazione respinse tale diverso trattamento degli interessi regolati dalla convenzione distinguendo fra quelli scaduti anteriormente alla domanda e quelli scaduti dopo: « En effet, si les tribunaux français ne doivent, pour les intérêts moratoires accorder que l'intérêt alloué par la loi française, il n'en doit pas être ainsi lorsque les intérêts ont couru en vertu de la convention, au taux fixé entre les parties; dans ce cas ils doivent continuer à courir à ce taux jusqu'au payement ».

688. — Gli stessi principî furono applicati dai magistrati francesi anche a contratti fatti in Francia ed eseguibili all'estero da Francesi, trascurando anche in questo caso la *lex fori* per badare a quella del luogo di esecuzione. Due negozianti francesi di nome Colomb che risiedevano al Brasile ed avevano in Francia un commissionario, erano risultati, per effetto di un accordo del 31 Dicembre 1858, debitori di 200000 franchi verso di lui che acconsentì a lasciare quella somma in loro possesso a ti-

(1) Laurent, vol. VIII, pag. 299. Il cod. della Luisiana del 12 Aprile 1824 fissava il massimo dell'interesse convenzionale al 10 per cento all'art. 2895. V. Saint-Joseph, Concordance, Bruxelles, Hauman, 1842, pag. 136; il limite dell'8 per cento è fissato dall'art. 2924 del C. C. riveduto del 1875.

tolo di prestito coll'interesse del 9 per cento che era il tasso legale del Brasile. In seguito a contestazioni sorte fra le parti, i debitori sostennero che il prestito avendo avuto origine in Francia fra francesi, l'interesse doveva essere ridotto al 6 per cento; ma tale pretesa fu respinta in tutti i gradi di giurisdizione perchè « si la convention de 1858 a été souscrite en France, le prêt dont elle réglait les conditions n'était réalisable et ne s'est réalisé qu'au Brésil; que là se trouvait, entre les mains des frères Colomb, la somme due à Bonnard par suite de ses opérations antérieures comme commissionaire des dits frères et qu'il consentait a leur prêter; que le prix s'est ainsi trouvé régi quant'au taux de l'intérêt par la loi brésilienne ». (1)

Analoga è la soluzione data a tali questioni dalla giurisprudenza di una parte degli Stati appartenenti all'Unione americana. Il tasso dell'interesse ammesso negli altri paesi e negli altri Stati dell'Unione è nel Kentucky e nel Texas presunto eguale a quello vigente nello Stato quando non si dimostri il contrario; nè ciò costituisce una prevalenza attribuita alla *lex fôri* sulla legge del contratto, bensì una presunzione d'identità della seconda colla prima che riscontrammo già in altri casi e che è ispirata dal concetto secondo il quale il giudice non deve ricercare la legge delle parti diversa dalla propria, quando quelle non si curino di invocarla e di dimostrarla. Del resto, data la conoscenza di entrambe le leggi, il giudice non è tenuto ad applicare la propria per ciò solo che è la legge del fôro, se non è anche nel tempo stesso quella dell'origine o dell'esecuzione del contratto. Secondo il diritto dell'Indiana, dell'Illinois, del Michigan, e della Georgia, le leggi sull'usura e sull'interesse vigenti nello Stato si applicano a tutti i contratti fatti nel suo territorio quantunque debbano eseguirsi all'estero; però il diritto di Georgia fa un'eccezione nel caso in cui chiaramente apparisca dal contratto che le parti intendevano riferirsi per l'esecuzione ad un altro territorio; mentre quello dell'Illinois e del Michigan sottopone assolutamente alle disposizioni vigenti nel territorio ogni contratto stipulatovi fra cittadini e corporazioni dello Stato, o fra cittadini e corporazioni dello Stato e cittadini e corporazioni straniere, dovunque debba essere eseguito. Quando invece trattasi di un contratto fatto al-

(1) Laurent, vol. VIII, pag. 305.

l'estero rispetto al quale sorga controversia nello Stato, il magistrato di questo lo farà rispettare, quantunque sia, secondo le leggi territoriali, usurario (Kentucky); ma nell'Indiana, quando si tratta di un contratto fatto all'estero per garantire l'esecuzione del quale sia costituita un'ipoteca nello Stato, il fondo ipotecato risponde soltanto per la misura convenzionale dell'interesse consentita nello Stato. (1)

In alcuni Stati dell'Unione che fissano il massimo limite dell'interesse convenzionale, non v'è altra sanzione a quel limite se non il divieto fatto al creditore dell'azione diretta ad ottenere quanto eccede la misura dell'interesse consentita dalla legge; in altri è conseguenza della violazione di quel limite la perdita di tutto l'interesse; nel Nuovo Hampshire il creditore che ha percepito più dell'interesse legale deve rimborsare alla persona lesa il triplo dell'eccedente; e nell'Oregon l'intero debito è confiscato a profitto del fondo scolastico della contea. Perchè in America la stipulazione delle parti valga contro la *lex loci contractus* e contro la *lex fori* non basta certamente che esse abbiano avuto intenzione di riferirsi ad un'altra legge, ma che lo Stato dove questa legge è in vigore sia stato contemplato da loro come luogo di esecuzione del contratto. (2) La corte suprema dell'Ohio giudicò in questo senso che il cittadino di un altro Stato può fare un contratto nell'Ohio per un prestito di denaro da impiegarsi nello Stato della sua residenza e convenire di pagarvi gli interessi legali secondo le leggi di quest'ultimo Stato, quantunque eccedenti l'otto per cento che è il limite massimo consentito nell'Ohio. In tal caso il contratto non viene considerato come usurario per il fatto d'essere stato redatto nell'Ohio contrariamente alle leggi locali, se le parti, senza aver intenzione di eludere le leggi sull'usura di questo Stato, pattuiscono riferendosi alle leggi dello Stato dove risiede il debitore. E per decidere se le parti abbiano avuto l'intenzione di contrattare in buona fede riferendosi alle leggi dell'altro Stato, devono esaminarsi dal giudice tutte le circostanze che hanno accompagnata la convenzione. (3) Nel caso di una ob-

(1) Stimson, pag. 596, 7, 8, 9.

(2) Van Schaik c. Edwards, 22. Johnson s' Cases (Nuova York), 367, ap. Field, art. 602, n.

(3) Corte suprema dell'Ohio, 1883, Scott c. Perlee. Alb. Law Journal, vol. 28, pag. 98.

bligazione sottoscritta nel Nebraska e pagabile coll'interesse del 10 per cento ad un agente del creditore a Nuova York, la corte suprema del Nebraska conchiuse dall'esame delle circostanze non potersi ritenere che in buona fede il contratto fatto nel Nebraska fosse eseguibile a Nuova York, e vi applicò la legge propria secondo la quale il creditore non poteva ricuperare in tal caso in giudizio se non il capitale senza interessi. (1)

689. — Un ostacolo assoluto al riconoscimento degli interessi legali d'un altro paese in quello del giudice, si avrebbe invece quando la legge vigente nel paese di lui o quella vigente nel luogo del contratto sancisce per l'usura vere disposizioni penali; poichè è impossibile dare l'aiuto della forza dello Stato ad uno straniero quando questo appoggia la propria domanda ad un patto che basta ad esporre chi lo stipula alla confisca del credito od alla privazione della libertà personale, ed è d'altronde impossibile applicare simili repressioni sancite da una legge straniera in un paese dove l'atto di cui si tratta sia considerato lecito dal diritto locale. Così, anche nei rapporti di Stati dell'Unione americana fra di loro, giudicò la corte suprema del Vermont il 20 Gennaio 1887. (2) Nello Stato del Nuovo Hampshire un creditore aveva pattuito e ricevuto per un credito di 1500 dollari trenta dollari annui in più del sei per cento ch'è in quel territorio il tasso dell'interesse legale. Il debitore, dopo aver pagato nel periodo di sei anni 180 dollari più dell'interesse legale, ne domandava il triplo al creditore davanti ai giudici dello Stato di Vermont invocando lo statuto del contratto. Ma la corte suprema del Vermont ne respinse la domanda, ravvisando nelle disposizioni della legge del Nuovo Hampshire, non già uno statuto dichiarativo del diritto comune, ma un vero statuto penale. Prescindendo però da questo caso, le leggi limitatrici dell'interesse, in quanto non facciano se non limitarlo e negare l'azione per il ricupero di quanto in più di quello è stato pattuito, non sono ora in generale considerate più così interessanti l'ordine pubblico, che la *lex fori* non essendo nel tempo stesso anche la *lex loci contractus* o la *lex loci solutionis*, debba come tale prevalere.

(1) Corte suprema del Nebraska 1883, Jorlin c. Miller. Alb. Law Journal, vol. 28, pag. 59.

(2) Blaine c. Curtis, Alb. Law Journal, vol, 35, pag. 64.

Ed il giudice la legge del quale ammette la libertà dell'interesse come giudicherà delle conseguenze di un contratto conforme a quella e contrario alle leggi del luogo della sua origine o della sua esecuzione? Dove viga una disposizione come quella dell'articolo 9 del codice italiano che riservi circa la determinazione della legge regolatrice dei contratti la dimostrazione d'ogni volontà dei contraenti contraria alla presunzione fatta dalla legge stessa del giudice, la *lex fōri* escluderebbe con ciò l'applicazione delle norme limitatrici delle altre leggi; dove invece vigesse una disposizione come quella dell'articolo 7 del progetto belga che lascia la scelta alle parti contraenti fra la legge personale d'una almeno di loro, quella del contratto o quella dell'esecuzione, la *lex fōri* che non fosse nel tempo stesso anche una di queste tre leggi, non autorizzerebbe il giudice a prescindere dalle proibizioni in esse contenute o violate dalle stipulazioni del contratto relative agli interessi.

690. — Nessun dubbio può cadere sull'applicazione positiva e negativa della *lex fōri* in quanto riguarda il modo dell'esecuzione forzata del contratto tanto circa le persone quanto circa le cose. Quando uno si rivolga per l'esecuzione di un contratto al giudice di un luogo non determinato dal contratto stesso per l'esecuzione di questo, o cerchi in quest'ultimo luogo i mezzi di rendere esecutoria una sentenza ottenuta altrove, è al giudice cui egli si rivolge che spetta determinare il modo dell'esecuzione stessa. Il modo di far rispettare gli impegni dei privati e le sentenze dei magistrati interessa infatti in sommo grado la sovranità del paese dove siede il giudice che deve far conseguire quello scopo; poichè della esistenza dello Stato come tale quella è una delle principali missioni.

Nei riguardi della persona dipenderà dunque unicamente da quella legge l'ammissibilità od inammissibilità dell'arresto per debiti. Questo fu completamente abolito nel nostro paese; in molti Stati dell'unione americana la costituzione stessa provvede alla sua abolizione; (1) ed in Francia la legge del 22 Luglio 1867 ha soppresso l'arresto personale tanto in materia commerciale quanto in materia civile senza fare distinzione fra cittadini e stranieri; non mantenendola eccezionalmente se non che per le restituzioni ordinate e per le indennità accordate in seguito a condanna penale, a favore

(1) Stimson, l. c., pag. 17, 8.

così dello Stato come dei privati. In Inghilterra, quantunque la prigionia per il solo motivo dei debiti non pagati sia stata abolita, pure una legge del 1869 punisce con sei settimane di carcere i debitori che non pagano trovandosi in condizione di poterlo fare; inoltre l'obbligazione di dare risultante da una sentenza può, quando non venga eseguita, importare la pena del carcere per disprezzo della decisione del tribunale. (1) (for contempt of court).

In Germania può venir ordinato il carcere o la custodia nella propria abitazione contro un debitore quando non vi sia altro mezzo per assicurare l'esecuzione sui beni di lui, come nel caso in cui egli stia per uscire dal territorio colla propria sostanza mobilizzata e tenuta nascosta; (2) in Austria se gli altri mezzi di esecuzione rimangono infruttuosi o sono di impossibile attuazione, il debitore può, su domanda del creditore, essere costretto, colla minaccia di un'ordinanza di prigionia, alla dichiarazione della propria condizione economica ed a confermare tale dichiarazione con giuramento; (3) nei Paesi Bassi l'arresto per debiti è ammesso in alcuni casi speciali determinati dalla legge: contro commercianti può essere ordinato per tutti i debiti d'indole commerciale anche a favore di non commercianti; contro non commercianti può essere ordinato specialmente per obbligazioni cambiarie o per altre obbligazioni relative ad un affare commerciale, come per contratti relativi al commercio marittimo; per obbligazioni di restituire cose o denaro dato in deposito, e per credito di indennità derivanti da delitto quando la somma sia superiore a 150 fiorini. Inoltre a favore di creditori olandesi è concesso senza distinzione, l'arresto del debitore straniero non domiciliato in Olanda; ed egualmente senza distinzione a favore dei debitori di sesso femminile l'ammissibilità dell'arresto è particolarmente limitata. (4)

È evidente che, dove l'arresto per debiti non è ammesso in alcun caso, e, dove pur lo si ammette in genere, per quei casi rispetto ai quali lo si riprova, nessun creditore straniero per nessuna convenzione contratta od eseguibile all'estero potrà mai farlo valere sulla persona del suo debitore; in quei paesi o per

(1) Pavitt, pag. 25, 56.

(2) Reuling und Loewenfeld. Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkher. Leipzig. V. Veit und C. 1887, pag. 26. Altsmann. Deutsches Reich.

(3) L. c., pag. 69. Markienvicz. Oesterreichisches Staatsgebiet.

(4) L. c., pag. 157. C. Asser. Königreich der Niederlande.

tutti i debiti o per quelli che vi sono specialmente esclusi da quella specie di garanzia, la libertà individuale è ritenuta un diritto superiore ad ogni garanzia degli impegni di ordine economico nè vi si può far eccezione in quanto riguarda obbligazioni contratte all'estero o fra stranieri, poichè il presidio della libertà individuale forma parte della costituzione stessa politica e sociale dello Stato.

Ma allo stesso titolo forma parte di tale costituzione anche ogni limite posto dalle leggi d'un paese alla libertà individuale; e siccome l'arresto non è relativo nè all'essenza del contratto stesso, nè all'atto della sua esecuzione, ma è successivo al mancato compimento di questa, così deve riguardarsi come una eventualità del tutto indipendente tanto dall'uno quanto dall'altro elemento intrinseco dell'obbligazione e regolata perciò unicamente dalla legge del foro.

Così giudicarono sotto l'impero della legge concedente l'arresto per debiti i magistrati francesi. La corte di cancelleria di Nuova-York aveva condannato un cittadino degli Stati Uniti a pagare 18000 dollari ad un altro americano che ne era risultato creditore per effetto di certe operazioni commerciali, senza pronunziare l'arresto del debitore. Essendosi questo rifugiato a Parigi, il creditore domandò ai tribunali francesi l'esecuzione della condanna pronunciata contro di esso a Nuova-York. Il tribunale rifiutò di emanare l'ordine d'arresto, ma la Corte d'Appello, infirmandone la sentenza, giudicò che i tribunali francesi non debbano preoccuparsi del modo secondo il quale la sentenza loro sottomessa potrebbe venir coattivamente eseguita all'estero, ma soltanto del modo di esecuzione coattiva consentito in Francia; e che quando un creditore domanda loro di dichiarare esecutoria una sentenza pronunciata all'estero per un debito commerciale, essi non possono dispensarsi dall'ordinarne l'esecuzione mediante l'arresto personale, perchè il modo dell'esecuzione è retto dalla legge del luogo dove questa deve verificarsi. (1) E nell'ammissione dell'arresto personale come presidio della esecuzione di una sentenza straniera che non l'aveva nemmeno ordinato e rispetto alla quale il giudice francese trovava superfluo indagare se avesse potuto secondo le leggi del paese dove fu pronunciata ordinarlo,

(1) Foelix. Tr. de Dr. Int. Priv. vol. II, pag. 239, 240, nota del Demangeat.

è implicita a più forte ragione la sua ammissione nel caso che tutta la controversia fra due stranieri circa un contratto avvenuto all'estero e che sarebbe stato eseguibile all'estero, si fosse agitata in Francia.

In Olanda una sentenza della corte provinciale di Gueldre del 15 dicembre 1869 ritenne invece che l'arresto personale non possa essere pronunciato, se, nel paese dove il contratto fu conchiuso, esso o non sia ammesso in generale o non sia concesso nel caso concreto. (1) Ma è chiaro, come dice il Westlake, che il far dipendere l'ammissibilità dell'arresto dalla legge del luogo del contratto, è conseguenza di una confusione fra i motivi della legge che lo ordina e l'obbligazione personale derivante dal contratto. (2) Di ciò si è mostrato successivamente persuaso nello stesso paese il tribunale di Bois le Duc che con una sentenza del 6 giugno 1876 considerò l'arresto non già come punto di diritto materiale, ma soltanto come un mezzo di esecuzione, rispetto al quale debba decidersi secondo la legge del luogo dove la sentenza deve avere il proprio effetto. (3)

691. — Un impero non meno esclusivo della legge del giudice si riscontra, nei riguardi delle cose, circa il modo secondo il quale è dato colpirle, la progressione che devesi tenere ed i casi nei quali il sequestro debba o possa venir ordinato. Così in Italia il creditore che abbia giusti motivi di sospettare della fuga del suo debitore, o di temere sottrazioni, o trovisi in pericolo di perdere le garanzie del proprio credito, può domandare il sequestro dei beni immobili appartenenti e delle somme dovute al debitore medesimo se non siano di quelle di cui la legge vieta il pignoramento; (4) il giudice inoltre può ordinare il sequestro di una cosa immobile o mobile la cui proprietà od il cui possesso sia controverso fra più persone. (5)

In simili casi il creditore *può* domandare il sequestro, ed il giudice *può* ordinarlo; in certi casi invece la legge scozzese impone ai nazionali che vogliono tradurre uno straniero davanti la giurisdizione del paese, l'obbligo di esercitare il sequestro sui beni che esso eventualmente possieda in Scozia, nè senza tale se-

(1) Hingst, l. c. n. XI. — (2) Westlake, Pr. Int. Law, § 411.
(3) Hingst, l. c.
(4) C. Proc. Civ., art. 924.
(5) C. C., art. 1875.

questro preventivo l'azione può esservi accolta. (1) In questo caso nè l'essere stato il contratto conchiuso, nè l'essere esecutorio fuori della Scozia potrebbe fare ostacolo all'esecuzione del sequestro nei limiti di quel territorio; nè l'essere il contratto avvenuto in Scozia potrebbe autorizzare il creditore a domandare od il giudice ad accordare senz'altro il sequestro in un altro Stato, quando non si verificassero anche le condizioni a tal uopo richieste dalla legge del paese cui il giudice appartiene. La sentenza citata del tribunale di Rouen respingendo la domanda di indennità presentatagli da un francese per un sequestro che aveva patito in Iscozia, si ispirò appunto al rispetto della *lex fòri*, ritenendola sola competente in materia di esecuzione che è connessa coll' ordinamento stesso giudiziario. La casa Stevenson di Londra, negoziante in carbone, aveva conchiuso a Rouen un contratto colla ditta Depeaux che impegnavasi ad acquistare mensilmente un minimo di tonnellate di carbone. Sorte divergenze fra le parti circa la composizione dei carichi di due bastimenti, il compratore domandò una riduzione del prezzo, cui il venditore non volle acconsentire. Durante tali trattative la ditta Depeaux mandò un proprio bastimento ad Edimburgo per ricevere un certo carico; la ditta Stevenson fece avvertito il proprio debitore che se i suoi conti non fossero stati regolati avrebbe sequestrato la nave; ma il Depeaux non avendo dato retta, il creditore diede esecuzione alla propria minaccia; ed il debitore non ottenne la liberazione della nave se non mediante il deposito d' una cauzione di 788 sterline presso il console francese di Edimburgo. Il contratto era seguito in Francia, doveva pure essere eseguito in Francia; mancavano gli elementi richiesti dalla legge francese per poter ordinare il sequestro; ma sussistendo gli elementi di competenza richiesti dalla legge scozzese per poter far giudicare la controversia dai tribunali scozzesi, così le forme della procedura come le condizioni per poter incoare l'azione ed il modo di esecuzione della sentenza non potevano essere diversi da quelli determinati dalla legge cui il giudice era sottoposto.

(1) V. *Iourn. de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 426-31: Tribunale commerciale di Rouen, 2 Marzo 1885, Depeaux c Stevenson. È un'applicazione della dottrina inglese e scozzese dell'arresto (stoppage) in transito che forse il magistrato francese non ha bene interpretata, essendo una facoltà concessa non ad ogni creditore, ma soltanto al venditore sulle cose vendute. V. Lorimer, p. 255, 6.

Che se l'ammissione del sequestro e la progressione nella quale si possano sequestrare le cose appartenenti al convenuto, dipendono unicamente dalla legge del giudice come tale, e la sua esecuzione nel territorio diverso dove le cose eventualmente si trovino dipende esclusivamente dagli accordi internazionali per la esecuzione delle sentenze, la determinazione delle cose sulle quali può cadere il sequestro dipende soltanto dal diritto vigente nella situazione della cosa stessa.

692. — A giudicare della attitudine della cosa a soggiacere al sequestro, un giudice è competente in modo esclusivo nel caso che la cosa si trovi al momento del giudizio nei limiti del suo territorio; poichè le norme che sottraggono alla garanzìa degli obblighi della persona alcune cose, o che vi fanno soggiacere alcune altre sono identiche per indole a quelle che determinano la commerciabilità o non commerciabilità delle cose stesse. Così in Italia non saranno sequestrabili il letto, i ferri del mestiere e quelle cose del colono che stanno a garanzia del suo debito verso il proprietario del fondo; in California non possono sequestrarsi il mobilio della casa fino al valore di duecento dollari e gli strumenti dell'artigiano; nella Luisiana non sono sequestrabili nè le mobilie della casa, nè un cavallo da lavoro, un carro, un paio di buoi, due vacche o vitelli, venticinque porci, mille libbre di carne secca; il grano e la pastura d'un fondo rustico necessarî per un anno; (1) sicchè lo Hittel giudica che le leggi di molti Stati americani sembrano fatte da uomini che avessero condotta la vita ingannando i creditori e che desiderassero assicurarsi da ogni possibile turbamento anche per l'avvenire. (2)

Tutte queste norme sono del dominio della *lex rei sitae* cui spetta determinare sovranamente il carattere delle cose e la loro suscettibilità a formar oggetto di diritti; sicchè la condizione privilegiata attribuita da uno Stato ad una cosa non potrebbe minimamente seguire quest'ultima quando fosse trasportata in un territorio dove imperasse una legge contraria. Il caso del *Solunto* deciso nel 1885 dai tribunali francesi non potrebbe citarsi come una eccezione, ma piuttosto come un'applicazione di questa regola. Una francese, la vedova Martin, avendo ottenuto il 24 Marzo 1885

(1) Stimson, pag. 19.
(2) L. c., pag. 246.

dalla corte di Aix una sentenza in proprio favore nella qualità di danneggiata dalla collisione della nave mercantile italiana l'*Ortigia* colla nave francese *Oncle Joseph*, si oppose il 25 Giugno 1885 all'uscita da Marsiglia della nave italiana *Solunto* appartenente alla società di Navigazione Generale Italiana, che essa sosteneva non essere se non una continuazione della Società Florio debitrice di lei per effetto della sentenza relativa a quella collisione. Il tribunale civile di Marsiglia ordinò l'11 Luglio 1885 la vendita all'incanto del *Solunto* col prezzo fondamentale di 50000 franchi; la società di Navigazione Generale ricorse contro quel giudicato alla corte d'appello di Aix, che la discusse il 30 Luglio ed il 3 Agosto 1885 coll'intervento dell'avvocato Crispi che vi comparve per conto del governo italiano. Il 3 Agosto 1885 la corte giudicava fondato l'appello, perchè l'articolo 14 del regolamento del 1875 combinato fra le amministrazioni postali italiana e francese, riproduce il privilegio dei bastimenti postali contemplato dall'articolo 6 del trattato internazionale del 1869, disponendo che quando i battelli impiegati dall'amministrazione delle poste italiane o francesi per il trasporto della corrispondenza nel Mediterraneo sono o bastimenti nazionali in proprietà dello Stato oppure bastimenti noleggiati o sovvenzionati dallo Stato, essi debbano venir considerati e ricevuti come navi da guerra nei porti dei due paesi dove approderanno regolarmente od accidentalmente e godervi gli stessi onori e privilegi ..... e non possono venir distolti ad alcun titolo dalla propria destinazione, nè essere soggetti a sequestro, embargo od arresto del principe. Era sufficiente l'impiego del *Solunto* al servizio postale, ed il suo noleggio a tale scopo da parte del governo italiano, perchè in Francia fosse vietato dai termini di quella norma convenzionale di sequestrarlo; ma la causa del privilegio era una convenzione fra i due paesi che assicurava nel territorio di entrambi alle stesse cose sotto le stesse condizioni, i medesimi privilegi. Nell'eventuale mancanza di una simile stipulazione internazionale, qualunque fosse stata la condizione privilegiata di quella nave secondo la legge italiana, i suoi proprietari non avrebbero potuto prevalersene in Francia, e per decidere della sua sequestrabilità il giudice francese non avrebbe dovuto interrogare se non il diritto del proprio paese nei cui limiti la cosa si trovava.

693. — La legge del contratto, quella dell'esecuzione, quella personale delle parti e quella del giudice, hanno dunque tutte un

rispettivo campo d'azione logicamente proprio nel regolamento delle obbligazioni convenzionali e delle loro conseguenze; rispetto ad una parte minima di questi singoli campi d'azione esiste fra i criteri di diritto internazionale privato accolti dai vari diritti un parziale accordo che esclude la possibilità di conflitti; ma rispetto a molti elementi ed a molti effetti delle obbligazioni convenzionali abbiamo accennato come i vari criteri rispettivamente accolti invece d'accordarsi nel mantenere le varie leggi nel loro rispettivo dominio, facciano sì, per effetto della loro disparità, ch'esse si urtino sovente e si intersechino disputandosi il regolamento del medesimo oggetto. Ad evitare tali conflitti sarebbe necessario che intervenisse un accordo generale intorno al regolamento della capacità della persona, considerata indipendentemente dagli oggetti sui quali tale capacità debba esercitarsi; che si riducesse dovunque, e senza distinzioni fra mobili ed immobili, ai limiti minimi constatati nel capo antecedente lo statuto reale; e che, distinto così lo statuto degli atti da quanto riguarda direttamente d'un lato le persone delle parti e dall'altro gli oggetti della convenzione considerati in se stessi, si attribuisse tutto il regolamento delle convenzioni, dei loro effetti e della loro esecuzione alla legge del luogo del contratto e del luogo di esecuzione, lasciando in ogni caso alle parti la scelta fra quelle due leggi e la propria legge personale nei limiti segnati dal progetto belga, e salvo, nei riguardi d'ogni paese dove debba eventualmente giudicarsi della convenzione, le necessarie e ben determinate riserve dell'ordine pubblico.

Ma anche ridotta così nella propria orbita l'azione internazionale di ciascuna di quelle leggi, il cammino non cesserebbe di essere ingombro di qualche incertezza. Nel caso di assenza di contrarie stipulazioni fra le parti e quando queste non appartenessero entrambe alla stessa nazionalità, la più importante fra quelle leggi nel regolamento internazionale della convenzione sarebbe quella del luogo del contratto; ma quando i due contraenti non siano presenti nello stesso luogo sarebbe necessario determinare anzitutto dove debba intendersi divenuta perfetta la loro convenzione, per poter indicare quale legge debba governarne l'origine ed intendersi per legge del luogo del contratto. Le soluzioni di tale quesito si possono distinguere secondo due concetti. Secondo la « teoria della dichiarazione » (Aesserungstheorie) basta che l'accettazione sia stata spedita, perchè il contratto debbasi ritenere per-

fetto e perciò è giudicato luogo della sua origine quello dell'accettazione e la legge che v'è in vigore dovrà considerarsi la *lex loci contractus;* secondo la « teoria del ricevimento » (Empfangstheorie) l'accettazione deve pervenire a colui che ha fatto l'offerta perchè presso di questo si perfezioni il contratto, sicchè dalla legge di questo luogo ne vien governata l'origine; la « teoria della percezione » (Vernehmungstheorie) che esige la accettazione venuta effettivamente a cognizione dell'offerente, non è se non una forma più completa della seconda, ed indica lo stesso luogo come territorio dove si perfeziona il contratto. (1)

Il codice di commercio italiano (2) dà una quasi totale preferenza a quest'ultima soluzione disponendo che il contratto bilaterale fra persone lontane non sia perfetto se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo purchè ne dia immediatamente avviso all'accettante. Soltanto nel caso in cui il proponente richieda la esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata nè per la qualità del contratto sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia intrapresa l'esecuzione. Finchè il contratto non è perfetto, tanto la proposta quanto l'accettazione sono revocabili, quantunque se la rivocazione giunga a notizia dell'altra parte quando questa ha già impresa l'esecuzione, il rivocante sia tenuto al risarcimento dei danni. Secondo il diritto italiano dunque, per tener conto soltanto dell'elemento relativo al luogo che è il solo interessante, dal punto di vista dell'origine del contratto, il diritto internazionale, il contratto fra assenti è di regola perfetto nel luogo donde partì la offerta, e solo eccezionalmente laddove avvenne la accettazione. Il codice austriaco (3) ritiene necessaria alla perfezione del contratto la conoscenza dell'accettazione che deve essere fatta nota (bekanntmacht werden) al promettente entro un tratto di tempo doppio di quello necessario a mandare la ri-

(1) Windscheid Pandekten, § 306; Vangerow Pand., § 603, Schupfer. Obbligaz., pag. 117, 8.

(2) Art. 36. — (3) § 861, 2.

sposta; se l'accettazione non è notificata entro quel termine la promessa non è più obbligatoria, ma prima che quel termine sia trascorso essa non può rivocarsi; ed il luogo della offerta è pertanto considerato come la sede della obbligazione. (1)

La giurisprudenza belga è quasi costante in favore della stessa soluzione. (2) Il Namur (3) critica tale giurisprudenza e sostiene che il contratto si perfeziona nel luogo dove l'offerta venne accettata: la corte di Bruxelles (4) si lasciò indurre ad adottare in una sentenza tale dottrina, ma pochi anni prima il tribunale commerciale di Gand continuava ad applicare la soluzione prevalente; (5) alcuni anni dopo il tribunale di Charleroi e la corte di Liegi vi insistevano ancora sostenendo che prima dell'arrivo dell'accettazione all'offerente può darsi *coesistenza*, ma non già concorso delle due volontà; (6) e la stessa corte di Bruxelles (7) ritornava alla dottrina pochi anni prima abbandonata. Lo stesso può dirsi dell'Olanda: la corte provinciale della Gueldria giudicando il 14 Luglio 1871 di un contratto per corrispondenza del quale l'offerta era partita da Zutphen e la risposta dall'Ungheria, ritenne che la convenzione dovesse giudicarsi conchiusa in Olanda, e conchiuse che essendo avvenuto quel contratto fra persone rette da leggi diverse, e non essendovi stipulazione fra loro a tale riguardo, dovesse presumersi che le parti si fossero riferite al paese dell'autore dell'offerta. (8) Ed a tale dottrina si dichiara favorevole anche il Testa in un suo recente saggio di diritto internazionale privato. (9)

694. — Così avviene che, ritenendosi in uno Stato perfetto il contratto nel luogo dove l'offerta fu accettata, ed in un altro in

(1) V. Fiore, pag. 588 e seg. Critica di questa soluzione; e contr. Gaetano Majorana. Delle convenzioni fra persone lontane. Catania, Galatola 1883. Il Laurent, vol. VII, pag. 536, vi si dichiara favorevole.

(2) Belgique Judiciaire 1874, pag. 850. Corte d'appello di Gand; 9 Aprile 1874.

(3) Namur, Cours de dr. commerc. vol. II, pag. 657.

(4) 24 Dicemb. 1879, Pasicrisie 1880, 2, 266.

(5) 16 Marzo 1876, Velghe c. Van Orge.

(6) Trib. di Charleroi, 5 Dicem. 1882, C. di Liegi 22 Aprile 1885. Pasicrisie 1883, III, 159 e 1885 II, pag. 335.

(7) 1° Dicembre 1884, Pasicrisie. 1885, pag. 303.

(8) *Bulletin de Jurisprudence Int. Belgique*, 1872, par Ad. D. *Rev. de Dr. Int.*, vol. IV, pag. 651-660, n° XXXIV.

(9) Testa, l. c., Capo II.

quello donde è giunta l'accettazione, è possibile che due tribunali appartenenti a due paesi diversi vogliano applicare le leggi rispettive allo stesso rapporto giuridico non già perchè l'uno ritenga come norma di diritto internazionale privato che debba prevalere la legge del contratto, l'altro quella dell'esecuzione, quella della situazione della cosa o quella del fôro, ma perchè, pur volendo tutti applicarvi la *lex loci contractus*, sia diverso il criterio per determinare quale debba ritenersi, nelle convenzioni fra assenti, il luogo d'origine del contratto. Così fu nel caso di un contratto per corrispondenza, fatto in seguito ad un'offerta partita dall'Italia ed accettata in Inghilterra, sul quale dovettero pronunciarsi i tribunali italiani. Un negoziante italiano aveva comperato da un altro negoziante domiciliato in Inghilterra una certa quantità di pelli che dopo l'arrivo ed il pagamento furono riconosciute di qualità inferiore a quella promessa. Il compratore domandò la risoluzione del contratto ai tribunali italiani e la restituzione del prezzo ed ottenne una sentenza conforme alla sua domanda tanto dal tribunale di commercio di Venezia quanto dalla corte d'appello. La parte soccombente ricorse per cassazione allegando l'incompetenza dei tribunali italiani (1) e l'inapplicabilità della legge italiana ad un contratto che, secondo il suo avviso, non poteva dirsi concluso in Italia essendo partito da Londra il consenso del venditore; e non poteva dirsi nemmeno esecutorio in Italia perchè il pagamento doveva venir fatto a Londra. La corte di cassazione di Firenze (2) non tenne conto di tali argomenti perchè, pur prescindendo da ogni altro motivo di competenza, lo straniero che non abbia residenza nel regno (3) può esservi convenuto se si tratti di obbligazioni che abbiano origine da contratti seguiti nel regno, e perchè nel caso concreto il contratto fra assenti di cui si trattava doveva reputarsi conchiuso nel luogo dove chi aveva fatto l'offerta si

(1) Contro questa interpretazione si pronunciava anche la Corte di Cassazione di Torino il 26 ottobre 1886 decidendo che nella vendita di merci fra persone lontane il luogo della consegna della merce e del pagamento del prezzo nei riguardi della competenza, non è quello in cui la merce è rimessa dal venditore al vettore per essere trasportata e consegnata al destinatario, ma quello in cui colla tradizione viene messa in possesso di quest'ultimo. *Annali di Giurisp. It.* 1887, I, 1, pag. 7, 8.

(2) 2 Febb. 1883, Rassegna di Dir. Commerciale, Sett. 1883, pag. 149.

(3) Cod. proc. civ., art. 105, 2.

trovava quando ricevette notizia dell'accettazione, cioè a Venezia.

Invece nel medesimo ordine di questioni, la giurisprudenza inglese arrivò dopo un periodo d'incertezza ad una contraria soluzione. I magistrati di Inghilterra ritengono che un'offerta diventi irrevocabile dal momento che venne accettata; ed intendono per accettazione una comunicazione fatta a colui dal quale è partita l'offerta anche consegnando alla posta la lettera al suo indirizzo che la contenga, senza che si possa attribuire veruna efficacia negativa al ritardo eventuale della lettera, od anche al suo smarrimento. « Se l'autore dell'offerta, dissero alcuni di quei magistrati, (1) non fosse obbligato dalla propria offerta, anche dopo chè questa fosse stata accettata dall'altra parte, finchè non possedesse l'accettazione di quest'ultima, l'accettante alla sua volta non dovrebbe ritenersi obbligato dalla propria risposta finchè non fosse avvertito che l'autore dell'offerta l'abbia ricevuta e gradita, e così di seguito all'infinito. Gli autori di un'offerta devono considerarsi come nell'atto di rinnovarla continuamente per tutto il tempo che passa durante lo scambio delle lettere, ed il contratto è perfetto non appena dal destinatario della prima lettera sia stata accettata l'offerta ». Da ciò deriva che la revoca di un'offerta impostata prima, ma ricevuta dall'accettante dopo che questo ha consegnato alla posta la propria accettazione arriva troppo tardi per impedire la formazione del contratto; mentre non v'è accordo nel decidere se la revoca di un'accettazione impostata dopo ma arrivata al proponente insieme colla lettera di accettazione impedisca la formazione del contratto. (2) Nel caso « Parker c. la Società reale di cambio » si trattava di una polizza d'assicurazione domandata da uno scozzese domiciliato in Iscozia sulla vita di un altro scozzese all'agente scozzese della compagnia. Questa fece spedire dal proprio ufficio centrale di Londra la polizza di assicurazione richiesta, all'agente scozzese, perchè la consegnasse a chi l'aveva domandata. La corte giudicò che l'accettazione dell'offerta era seguita in Inghilterra; che la consegna della polizza avvenuta in Iscozia non formava se non il complemento dell'atto di accettazione già verificatosi in Inghilterra, e che perciò il contratto doveva conside-

(1) Adams c. Linsdell, ap. Lehr, pag. 499.

(2) V. Guthrie, pag. 215, n. C.

rarsi come un contratto inglese. La stessa decisione fu data nel caso Wright contro altra compagnia di assicurazione. (1)

Eguale è la soluzione preferita dai giudici americani, (2) dalle leggi di qualche Stato (3) della Confederazione, dal codice di commercio tedesco, (4) e da quello svizzero delle obbligazioni; (5) la giurisprudenza francese, non è in perfetto accordo su questo punto, ma vi prevale lo stesso principio (6) difeso dal Savigny (7) e combattuto dal Laurent (8) e difeso ora dal Fiore, che antecedentemente lo aveva combattuto. (9) Quando le parti invece della corrispondenza postale facciano uso di quella telegrafica gli stessi principî rispettivamente adottati nei vari paesi circa l'origine e la sede del contratto per corrispondenza ricevono applicazione, (10) non esistendo anche in questo caso nè l'indentità del luogo, nè la contemporaneità della prestazione del consenso. (11)

695. — Nè parmi sia diverso il caso quando le parti contraenti che si trovano in due paesi diversi facciano uso del telefono. La questione se il contratto conchiuso per mezzo del telefono debba considerarsi una convenzione fra presenti o fra assenti, fu agitata in questi ultimi tempi anche da egregi giureconsulti del nostro paese. Il professore Gabba propugnò la prima sentenza perchè il contratto per telefono, conchiuso senza il concorso di commessi od ufficiali telefonici, avviene mercè la corrispondenza *immediata* dei due contraenti fra loro, perchè nell'atto stesso in cui ogni singola dichiarazione viene affidata al telefono dall'una delle parti, viene udita dall'altra; perchè non è maggiormente percettibile il tempo impiegato dalla trasmissione delle vibrazioni eteree da un

(1) Field, art. 607, nº 2. — (2) Mac Intyre c. Parks, ap. Guthrie. l. c.

(3) Codice di Georgia, art. 2728.

(4) Art. 319, 323. Rispetto alle forme, indipendentemente dalla regola *locus regit actum*, secondo il codice prussiano (1, part. 5, art. 113) quando una convenzione è fatta per corrispondenza e che le forme legali usitate nelle località abitate dai contraenti sono diverse, si deve conformarsi alla legge più favorevole alla convenzione.

(5) Art. 8. — (6) *Journal de. Dr. Int. Pr.*, 1886, pag. 369. n. — (7) L. c., § 371. — (8) Vol. VII, pag. 536. — (9) *Dir. Int. Pr.*, II ediz.. pag. 589, 90.

(10) V. sentenza dell'alta corte danese del 7 Aprile 1886, Lund c. Marchand, *Iournal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 223.

(11) Laurent, vol. VII, pag. 541, Asser De telegraphie en have regtsvolgen, 1867, pag. 87, § 4, Serafini, Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale, Pavia, Fusi, 1862, pag. 48-79.

capo all'altro del circuito telefonico, di quello che il tempo impiegato da quella trasmissione nel semplice circuito telegrafico, o il tempo impiegato dalla voce per giungere dalla bocca d'una persona all'orecchio d'un'altra colla quale la prima conversi, dalla luce per giungere da un occhio all'altro fra due persone che si parlano col mezzo di un telegrafo a segni aerei. Il professore Vidari difese invece la tesi contraria sostenendo di non ravvisare nel contratto per telefono gli elementi di un contratto fra presenti non potendosi « per quanto si lavori di astrazione sopprimere la distanza che separa i due contraenti, che sono effettivamente distanti l'uno dall'altro ». (1) Il Bolaffio difendeva sostanzialmente l'assunto del Vidari ritenendo che il contratto per telefono debba distinguersi dagli altri contratti che si conchiudono d'ordinario fra assenti soltanto per ciò che, avvenendo la percezione della dichiarazione quasi simultaneamente alla emissione di questa, è tolta la possibilità di ogni revoca che il dichiarante volesse fare, e che potrebbe fare se, in luogo del telefono, avesse usato del telegrafo e più facilmente ancora se si fosse servito della posta. (2) Il Norsa nel suo egregio studio su tale argomento (3) osserva che « se si pone attenta considerazione a ciò che avviene collo scambio delle comunicazioni telefoniche, facilmente si scorge che in quello si ha bensì la simultaneità, ma non già la identità del sito nella manifestazione dei fenomeni ond'ha origine il contratto; poichè la espressione della volontà di una parte avviene materialmente in luogo diverso da quello in cui la manifestazione stessa è percetta dall'altra parte. Sicchè il contratto conchiuso per mezzo di comunicazioni telefoniche partecipa sotto un certo punto di vista, cioè per ragione del tempo, del carattere di contratto fra presenti, e sotto un altro punto di vista, cioè per ragione del luogo, di quello del contratto fra assenti; e non può affermarsi quindi che lo si debba classificare nè coi contratti fra presenti nè con quelli fra assenti; e le persone che così contrattano debbano ritenersi in una condizione di fatto propria, diversa dalla presenza reale e dalla assenza effettiva, la quale condizione non è precisamente contemplata dalla legge ».

(1) Gabba, Il telefono e la giurisprudenza. Vidari, I contratti per telefono. *Giornale delle leggi*, 1882, n. 40, 2, 5 e 6 e *Monitore dei Tribunali* 1882, n. 41, 3. — (2) *Archivio Giuridico*, vol. XXIX, nº 6, pag. 505 e segg.

(3) *Il telefono e la legge*, Milano, Bernardoni, 1883, pag. 52, 53, 120, 1. Estratto dagli *Atti* dell'Istituto Lombardo.

Tale controversia, per quanto notevole possa essere per sè stessa sotto altri rispetti e per quanto ingegnose ne siano le varie soluzioni, non ha nel campo del diritto internazionale privato una grande importanza. Trattasi nel caso nostro di due persone che stando in diversi territori contraggono fra loro trattando dall'uno all'altro col mezzo del telefono. Se si prende in considerazione questo fatto materiale della esistenza effettiva delle due parti in territorio diverso, si avrà un caso identico a quello del contratto per corrispondenza e si dovrà ricercare, come rispetto a quello, per determinare la sede della convenzione, se l'accordo dei consensi debba ritenersi avvenuto nel luogo dell'offerta o in quello dell'accettazione; e si risolverà la questione secondo la norma adottata rispetto ai contratti fra assenti, nel primo senso in Italia ed in Belgio, nel secondo in Francia ed in Inghilterra. Se invece si vuol tener conto piuttosto della unione spirituale dei due contraenti nel medesimo territorio, allora si dovrà pur ricercare in quale dei due territorii essi debbano considerarsi simultaneamenti presenti. È chi fa l'offerta che trasferisce per un momento la propria volontà, sulle ali dell'elettricità che trasmette la sua parola, nel luogo dove vuol sollecitare l'adesione dell'altra parte? Oppure non fa egli che invocare quest'ultima, ed è questa che si trasporta presso di lui rispondendo alla sua offerta? È perfetta l'obbligazione tostochè l'offerta venga accettata, o tostochè l'offerente sappia dalla parola dell'altra parte che essa sia stata accettata? In altre parole dunque si presenta lo stesso problema, fatto sorgere da analoghe difficoltà, mosse da motivi analoghi di quelli che si riscontrano nel contratto per corrispondenza, e la scelta come legge del contratto di una fra le due leggi diverse non può farsi nei vari paesi se non secondo criteri analoghi e cogli stessi risultati, diversi secondo gli Stati, di quelli che contraddistinguono il regolamento del contratto fra assenti. Ciò è notevole inquantochè la prima linea telefonica internazionale istituita in Europa, collega due paesi appunto, la Francia ed il Belgio, che applicano criteri diversi alla perfezione del contratto in quelle condizioni.

696. — Molto più importanti mi sembrano le avvertenze fatte dal Norsa (1) circa il pericolo di abusi da parte di taluno delle comunicazioni telefoniche dirette a sorprendere la buona fede altrui. Mentre sarebbe necessario provvedere alla certezza legale

(1) Norsa, l. c., pag. 115-7.

d'indentità di chi mediante dichiarazioni orali dà origine ad atti che possono essere fonti di obbligazioni, in quel genere di comunicazioni il solo indizio della voce che non è trasmessa senza alterazione di suono non basta a dare all'uno degli interlocutori la certezza della persona dell'altro. È vero che in generale l'uso del telefono viene concesso a chi è investito della concessione per i proprî interessi particolari; ma l'abbonato può cedere momentaneamente ad altri il proprio uso, così da sussistere il pericolo che la persona da cui uno viene intrattenuto non sia quella da lui supposta, o creduta, o che si vuole fargli credere e supporre, o sia un impiegato dal concessionario dell'uso del telefono che trascenda a proposte o ad accettazioni cui non sia stato autorizzato. Può verificarsi una mistificazione anche col mezzo di una lettera, ma il carattere della scrittura è per chi la riceve un elemento esteriore di certezza sufficiente a giudicare della provenienza; può avvenire per mezzo del telegrafo, ma chi lo spedisce deve pur lasciare un documento in possesso dell'ufficio di spedizione; nel caso del telefono la stessa malafede o malvolere possibile non deve affrontare veruna difficoltà potendo il male intenzionato approfittare di una comunicazione orale a distanza che non lascia di sè veruna traccia. Sarebbe dunque necessario che, oltre alle disposizioni repressive adottate contro simili fatti, i singoli governi nel loro diritto interno, e tutti i governi dei paesi collegati da linee telefoniche mediante accordi internazionali, assicurassero misure sufficienti a prevenire il verificarsi di simili inconvenienti e ad accertare l'identità di chi si presenta per usare di quel mezzo di comunicazione nella stessa guisa che si vuol assicurata l'identità di chi si presenta ad un ufficio postale per ritirare valori o documenti raccomandati od assicurati. E ciò è tanto più facile a conseguirsi inquantochè, anche gli Stati che ammettono il libero esercizio delle comunicazioni telefoniche, le considerano ormai come un servizio pubblico (1) chè può ed in una certa misura deve esercitarsi sotto il controllo dello Stato. (2)

(1) Das Buch von der Weltpost. Entwickelung und wirken der Post und Telegraphie im Weltverkehr von O. Veredarius. Berlin, Meidinger, 1885, pag. 273-6. Der Weltverk hr. von Dr. Michael Geistbeck. Freiburgein Br. Herder, 1887, pag. 57, 483.

(2) Chesapeake and Potomac Telephone Comp. c. Baltimore and Ohio Telegraph Comp. Corte d'app. del Maryland 5 Genn. 1887, Alb. Law Journal vol. 35, pag. 271.

Le prime regole di diritto internazionale relative ai telefoni furono formulate dalla conferenza telegrafica tenuta a Berlino dal 10 Agosto al 18 Settembre 1885; vi furono adottati cinque articoli il terzo dei quali stabilisce che le amministrazioni telegrafiche dei vari Stati debbano intendersi in seguito sulla scelta dei materiali e sui dettagli del servizio. (1) Ed uno dei più importanti dettagli del servizio sarebbe certamente quello che mirasse ad assicurare l'accertamento dell'identità personale di chi si presenta per far uso delle comunicazioni telefoniche.

697. — La stessa diversità di criteri di diritto internazionale privato che si presenta circa le leggi che devono regolare il contratto, si ripresenta circa quella che deve regolare la prescrizione, rispetto alla quale i diritti particolari dei singoli Stati, pur andando d'accordo fra loro nel concetto generico della sua ammissione, discordano circa i limiti e i modi. Comunque sia, nei riguardi del diritto interno, di tali diversità, importa anzitutto anche per giudicare la loro azione nei rapporti internazionali, di rilevare il criterio fondamentale dell'istituto della prescrizione quale è ammesso presso tutti i popoli civili. Essa non è un favore accordato ad una delle parti, nè una semipunizione inflitta all'altra, non ha per obbiettivo gli interessi delle parti, nè ha carattere di attentato alla santità dei contratti; suo scopo è l'ordine e la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici (2) ed a raggiungere tale scopo la legge dispone che, contro il fatto prolungatosi oltre un certo periodo di tempo, non si possa invocare il contrario diritto preesistente. Basta enunciare tale concetto della prescrizione per riconoscere com'esso abbia una certa importanza anche nel campo dei rapporti internazionali; poichè se esso non serve del tutto ad additare quale soluzione si debba adottare in tali rapporti circa la scelta della legge che deve regolarla, serve però ad indicare rispetto alla scelta della legge regolatrice qualche soluzione che importa assolutamente di escludere.

In Italia il più lungo termine necessario a prescrivere è di trent'anni dopo i quali si prescrivono tutte le azioni tanto reali quanto personali senza che possa opporsi il difetto di titolo

(1) V. *Memorial Diplomatique* 1885. pag.

(2) V. Contribuz. allo studio della prescrizione dei diritti dei creditori secondo il diritto danese ed il diritto straniero di Thomsen, Copenhaghen ap. Beauchet, Bullettin de la Soc. de Lég. Comp. 1888, pag. 240, 1.

o di buona fede; (1) inoltre le azioni di nullità o di rescissione di un contratto durano in generale un quinquennio; (2) nei casi in cui al venditore spetta un'azione per supplemento di prezzo, od al compratore per diminuzione di questo o per risoluzione del contratto, la prescrizione se ne compie quando l'azione non sia proposta entro un anno dal giorno del contratto; (3) e le annualità delle rendite perpetue e vitalizie, quelle delle pensioni alimentari, le pigioni delle case e i fitti dei beni rustici, gli interessi delle somme dovute e generalmente tuttociò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi, (4) si prescrivono col decorso di cinque anni. Si prescrivono anche col decorso di tre anni le azioni dei maestri pagati a tempo più lungo di un mese, dei medici e farmacisti, degli avvocati e dei notari, degli ingegneri e degli architetti; (5) col decorso di un anno quelle dei maestri stipendiati a giorno od a mese, degli uscieri per le commissioni che eseguiscono, dei commercianti per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio, di chi tiene convitto per le pensioni, e dei domestici e degli operai per il pagamento delle giornate di lavoro; (6) e col decorso di 6 mesi le azioni degli osti e dei locandieri per gli alloggi e le vivande che somministrano. (7) In questi ultimi casi però non si tratta di una prescrizione liberatoria, ma bensì di una presunzione di pagamento che può essere combattuta da colui al quale viene opposta la prescrizione, deferendo il giuramento a chi la oppone per accertare se realmente abbia avuto luogo la estinzione del debito. (8)

In materia commerciale la prescrizione ordinaria si compie in dieci anni (9) ma bastano cinque per le azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali e per quelle derivanti dalle cambiali e dagli assegni bancarii; (10) tre anni dalla scadenza delle obbligazioni per le azioni derivanti dai contratti di prestito a cambio marittimo o di pegno sulla nave; (11) due anni dal giorno della conclusione del contratto per le azioni dei mediatori dirette ad ottenere il pagamento dei diritti di mediazione; (12) un anno dalla fine del viaggio per le azioni derivanti dal contratto di noleggio; un anno dalla scadenza del termine convenuto o dalla fine dell'ultimo viaggio per quelle derivanti dal contratto di arruola-

(1) C. C. Art. 2135. — (2) Art. 1300. — (3) Art. 1478. (4) Art. 2144.
(5) Art. 2140. — (6) Art. 2139. — (7) Art. 2138.
(8) Art. 2142. — (9) C. di Comm. Art. 917. — (10) Art. 919.
(11) Art. 920. — (12) Art. 922.

mento; un anno per le azioni derivanti dal contratto di assicurazione, da somministrazione di cose necessarie per riparare ed allestire la nave, di alimenti ai marinai, (1) e da contratto di trasporto se la spedizione fu fatta fuori di Europa e dei bacini del Mediterraneo, del Mar Nero e del Mar Rosso, (2) e sei mesi se la spedizione fu fatta entro quei limiti. (3)

In Francia si prescrivono come in Italia entro sei mesi le azioni degli osti e degli albergatori, ma quelle dei maestri pagati mensilmente, dei domestici e degli operai si prescrivono in sei mesi, mentre in Italia è necessario un anno; (4) le azioni degli uscieri, dei mercanti e dei convittori hanno in Francia lo stesso termine di prescrizione, ma quella dei medici vi dura un anno invece di tre e quella degli avvocati due invece di tre; (5) per gli stessi casi che nella legge italiana (6) è ammessa la prescrizione liberatoria di cinque anni. (7) In Scozia dove, a differenza che in Inghilterra, si ammise sempre l'abrogazione delle leggi per dissuetudine, la seconda per antichità fra le leggi tuttora in vigore è quella del 1469 che ammise la prescrizione delle obbligazioni nel termine di quarant'anni; nel 1669 fu stabilito che le lettere e le promesse autografe e le sottoscrizioni nei libri commerciali senza testimoni, quando non se ne faccia uso per vent'anni, siano prescritte, se l'attore non offre di provare col giuramento del convenuto la verità di quel documento; nel 1695 fu disposto che nessuno, obbligandosi per garantire l'impegno altrui, sia tenuto per la propria obbligazione se non per sette anni dalla data di questa; e si estese il beneficio di questo atto anche a coloro che per effetto dell'indole stessa dell'obbligazione trovansi obbligati insieme con un altro; nel 1772 si limitò a sei anni l'azione derivante dalla lettera di cambio; nel 1669 fu limitata a cinque anni dall'allontanamento del colono l'azione per arretrati di rendite agricole, e quelle per stipendi di inservienti e per macinazione; inoltre tutti i contratti consensuali alla cui costituzione la scrittura non è necessaria, e che possono essere provati mediante testimoni, e tutti i patti relativi a cose mobili, non possono venire provati dopo cinque anni se non con una confessione scritta di debito o col giuramento della parte;

(1) Art. 924, 5.
(2) Art. 926, 2. — (3) Art. 926, 1. — (4) Art. 2271.
(5) Art. 2272-3. — (6) C. C. Ital. art. 2144. — (7) Art. 2277.

così è dopo tre anni delle azioni per affittanze verbali di case, e per salari ed anticipazioni di commercianti. Numerosi casi nei quali devesi decidere circa l'applicazione di quest'ultimo titolo di prescrizione, si presentano giornalmente alle « corti dei piccoli debiti », ed il giudice deve ricercare se le deposizioni del convenuto che raramente sono del tutto affermative o negative debbano tenersi in conto di una ammissione del debito. Se egli afferma soltanto di non rammentar nulla del debito in questione, ciò non potrà equivalere ad una ammissione, nè perciò servire di appoggio alla domanda dell'attore; se aggiunge essere sua abitudine di regolare in tempo questa specie di debiti, la sua deposizione sarà tanto maggiormente negativa; ma non ne deriva già che l'ammissione di un'abitudine contraria possa bastare come prova della sussistenza del debito; perchè il senso della regola di diritto ch'è in vigore in quel territorio esige che, dopo spirato il triennio, il negoziante debba non solo sollevare una presunzione, ma provare positivamente la sussistenza del debito mercè la confessione orale o scritta del convenuto. (1)

698. — In Inghilterra le azioni derivanti da un atto sigillato (deed) si prescrivono in vent'anni; quelle derivanti da un atto semplice, le azioni per pagamento di fitti e d'arretrati di rendite non stipulate con *deed;* le azioni per regolamento di conti, quelle relative a vendita di mercanzie, prestiti, noleggi, depositi, o pegni, quelle per pagamento di salarî e per rimborso di spese di un *solicitor*, si prescrivono tutte in sei anni. Le azioni derivanti dalle cauzioni si prescrivono in sei o in vent'anni secondo che l'atto di cauzione è o non è sigillato. (2) In Spagna le azioni miste personali e reali non si prescrivono di regola se non nel termine di trent'anni; la legge ipotecaria però ha fissata la prescrizione dell'azione stessa ipotecaria a vent'anni a partire dal giorno nel quale secondo il titolo iscritto essa poteva venir intentata; tutte le altre azioni personali così fra presenti come fra assenti si prescrivono in vent'anni; in quattro anni si prescrive l'azione per rescissione; in tre anni quella degli avvocati e procuratori, dei domestici e dei farmacisti, artigiani e negozianti di commestibili per il pagamento della loro opera e delle loro somministrazioni.

(1) Lorimer. Handbook, pag. 3 e 286-297.

(2) Pavitt, pag. 26, 35, 91, 2; Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 582, 3, 4.

strazioni. (1) In Portogallo la prescrizione normale delle obbligazioni si compie nel termine di vent'anni se il debitore è in buona fede cioè nell' ignoranza della obbligazione; di trenta senza distinzione di buona o di mala fede. (2) Si prescrivono in cinque anni le prestazioni alimentarie e le altre prestazioni periodiche; (3) in tre anni gli stipendi dei maestri e di altri impiegati pagati annualmente; (4) in due anni le retribuzioni degli avvocati; (5) in un anno la retribuzione dei maestri pagati mensilmente e quelle dei medici, dei pubblici ufficiali e dei negozianti per le merci date a non commercianti; (6) ed in sei mesi i crediti degli osti e degli albergatori, e le retribuzioni di lavori giornalieri. (7) Quando vengano invocate tali prescrizioni speciali, ad eccezione di quella di cinque anni contemplata dall'articolo 543, potrà essere deferito, alle persone che le oppongono all'attore, il giuramento in base al quale dovrà venir pronunciato il giudizio. (8) In Austria vale a costituire la prescrizione il semplice non uso continuato per trent'anni d'un diritto che per l'indole sua poteva essere esercitato: (9) le azioni per arretrati di prestazioni, di censi, d'interessi, di redditi e di opere che avrebbero dovuto essere soddisfatte, annualmente si estinguono trascorsi che siano tre anni; (10) alle persone privilegiate, (11) cioè agli amministratori del patrimonio dello Stato, delle chiese, delle comunità e di altre lecite corporazioni si possono opporre le prescrizioni brevi negli stessi limiti di tempo fissati per i privati, ma la prescrizione ordinaria non si compie rispetto a loro che nel termine di quarant'anni. (12) L'azione del negoziante per il pagamento delle merci da lui vendute, che in Francia ed in Italia è di un anno, in Austria è, come in Iscozia, di tre anni; ed in Russia è di dieci. (13)

699. — Le soluzioni adottate per la scelta, fra varie leggi territoriali diverse, di quella che deve regolare l'esistenza e le condizioni della prescrizione, si possono distinguere in sei categorie: scelta cioè della legge del creditore, della legge del debitore, della

(1) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 365-8.

(2) Art. 535. §. — (3) Art. 543. — (4) Art. 541.

(5) Art. 540. — (6) Art. 539. — (7) Art. 538.

(8) Art. 542. — (9) § 1478.

(10) § 1480. — (11) § 1472. — (12) § 1485.

(13) Lehr, *De la préscription extinctive en droit international privé. Rev. de Dr. Int.*, vol. XIII, 1881, pag. 516-9.

lex loci contractus, della *lex loci solutionis*, della *lex fôri*, e scelta alternativa della legge personale più favorevole. Importa ora accennare a queste varie soluzioni e vedere in quanto gli effetti della prevalenza di ciascuna di esse in un paese porga origine a conflitti con quelli della prevalenza di altre accolte contemporaneamente altrove rispetto al medesimo argomento. (1) L'attribuire nei rapporti internazionali il regolamento del termine della prescrizione alla legge del creditore, dipende dal considerare l'azione esclusivamente come un diritto formante parte della proprietà di quest'ultimo, della quale non si possa spogliarlo se non secondo le norme di quel diritto cui egli stesso trovasi sottoposto. (2) Ma pur ammettendo che i diritti personali debbano considerarsi esistenti dove esiste la persona cui spettano, non può disconoscersi che nel caso della prescrizione è appunto l'esistenza stessa del diritto che vien messa in contestazione; nè si può porre fra i fatti concreti quanto forma appunto oggetto della contestazione. (3)

Chi vuol subordinare invece la prescrizione alla legge del domicilio del debitore vi si induce perchè rispetto a quella prende in considerazione speciale piuttostochè il titolo del creditore, il beneficio personale del debitore, che « nel sentimento della propria libertà può in certi casi impedire che quel diritto venga fatto valere ». (4) Tale soluzione s'impone nella teoria del Savigny ogniqualvolta il contratto non determini un luogo dove debba eseguirsi l'obbligazione, poichè in tal caso la sede di quella trovasi determinata al domicilio del debitore. Quando questo al momento della contestazione abbia un domicilio diverso da quello che aveva al momento del contratto, può esitarsi nella scelta fra la legge del domicilio attuale e quella del domicilio anteriore; e la giurisprudenza francese non è concorde su questo punto pur propendendo piuttosto per la legge personale del debitore al momento in cui viene intentata l'azione. La prevalenza

(1) V. *Rivista critica di legislazione e giurisprudenza del Canadà*, Montreal, Dawson Brothers, 1871, Nr. 2 Girouard: On conflicts of prescriptions.

(2) Pothier. Prescription, n° 251.

(3) Massé. Le Dr. Commerc. dans ses rapports avec le Dr. des Gens: 3, edit. I. pag. 491 e segg.

(4) Nordling. Om präskription enlingt svensk rätt, ap. Beauchet. Bullettin de la Soc. de Lég. Comp. 1888, pag. 240, 1.

generica della legge del debitore fu riconosciuta in una obbligazione fra francesi dalla corte d'appello di Besanzone. (1) Nel 1860 alcuni membri della famiglia Varbe residente a San Francisco di California avevano sottoscritto a favore di uno di loro che ritornava in Francia un biglietto all'ordine di 6000 dollari pagabili nel termine di un anno. Fino al 1879 il creditore ricevette regolarmente gli interessi; ma riscontrando allora pericolante il pagamento di questi domandò il rimborso degli arretrati e del capitale. I debitori invocarono il diritto della California secondo il quale ogni azione per rimborso di un biglietto all'ordine è limitata a quattro anni dalla scadenza. Il tribunale di Pontarlier accolse la loro eccezione fondata sulla *lex loci contractus*; ma la Corte ne infirmò la sentenza perchè essendosi dai convenuti conservato il domicilio in Francia, riconobbe come applicabile la legge francese secondo la quale le azioni derivanti da titoli commerciali si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data del protesto o dell'ultimo atto giudiziale, ma la prescrizione è interrotta dal riconoscimento, da parte del debitore, del diritto contro il quale avrebbe potuto prescrivere; tale sentenza venne confermata dalla corte di cassazione. (2) Il tribunale civile della Senna si pronunciò più tardi, nel caso di uno straniero naturalizzatosi francese, in favore della legge personale del debitore al momento della domanda, respingendo la sua eccezione, perchè dal momento della sua naturalizzazione a quello dell'azione non erano trascorsi trent'anni e non era provato che questo termine della prescrizione avesse cominciato a decorrere anche secondo la legge del suo paese d'origine prima che egli si fosse naturalizzato in Francia. (3) Alla legge del debitore diedero pure la preferenza l'Alta Corte dei Paesi Bassi, (4) e, fino agli ultimi tempi, i tribunali scozzesi. Questi ultimi, fino dalla metà del secolo scorso, preferirono sovente la legge del domicilio del debitore, ma lo presero in considerazione, piuttostochè al momento dell'azione, durante tutto

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 153-5. C. di Besanzone, 11 Gennaio 1883, Vorbe c. Vorbe.

(2) 19 Maggio 1881. *Rev. Critique* pag. 729.

(3) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 202, 3. Trib. Civ. della Senna, 18 luglio 1885, Hamidà c. Benaiad.

(4) 2 Aprile 1871, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1874, pag. 141, 1876 pag. 454 1877, pag. 244.

il trascorrere del tempo necessario per la prescrizione; ritenendo che questa non fosse applicabile se non nel caso che il debitore avesse risieduto tanto in un territorio da compiervi la prescrizione secondo la legge che v' era in vigore. (1)

700. — Il Laurent che considera come scopo precipuo della prescrizione quello di assicurare la certezza dei diritti, preferisce come legge regolatrice « quella del contratto che è irrevocabile » e che deve reggere anche l'estinzione del rapporto giuridico che le fu sottoposto nel suo nascimento. (2) Il Merignac (3) osserva che l'obbligazione può essere stata contratta in un luogo determinato per effetto di un puro accidente; ma il Laurent non intende per legge del contratto esclusivamente quella del luogo dove le parti stipularono i loro patti, ma anche, secondo i casi, quella cui le parti si riferirono, o cui le parti appartenevano per nazionalità o domicilio al momento della stipulazione. In questo senso si presentò la questione davanti ai tribunali francesi nel caso di una signora francese, che dopo aver fatti certi acquisti presso un gioielliere di Pietroburgo era ritornata in Francia senza averli pagati. Il creditore la citò davanti al tribunale di Parigi, e quantunque la debitrice opponesse la prescrizione di un anno prevista dall'articolo 2272 del codice francese, le oppose la mancanza della prescrizione di dieci anni del diritto russo. Il tribunale giudicò che « la sola prescrizione che il debitore potesse opporre alla domanda del creditore era quella fissata dal luogo, dove l' obbligazione fu contratta, dove doveva essere eseguita e dove aveva ricevuto un principio di esecuzione, cioè la legge russa ». Questa alla sua volta essendo molto più esplicita in favore della legge del luogo del contratto, ne risultava che, perciò solo che il contratto era seguito in Russia, dovesse applicarsi la legge russa alla prescrizione; osservandosi d' altronde in quello Stato lo stesso principio per i contratti fatti all' estero. Infatti la legge russa (4) stabilisce che i contratti conchiusi all' estero conformemente alle leggi straniere non cessino di essere validi in Russia allo spirare del termine fissato per la prescrizione dal diritto russo, se, secondo le leggi del paese

(1) Guthrie, l. c. pag. 269.

(2) Vol. VIII, pag. 362.

(3) Comment doit été déterminé le delai de la préscription extinctive des obligations en dr. int. pr. *Rév. Critique*, 1884, pag. 113-138.

(4) C. Proc. Civ. Russo, art. 708, ap. Martens, vol. II pag. 483.

dove furono conchiusi è più lungo il termine della prescrizione. (1) In caso di dubbio il testo di queste leggi deve essere portato a conoscenza del tribunale e l'autenticità deve esserne provata da un certificato del Ministro degli affari esteri. (2)

La scelta della stessa legge regolatrice è imposta dalle disposizioni del codice italiano relative alle obbligazioni nel diritto internazionale privato; (3) poichè essendo la sostanza e gli effetti della obbligazione retti dalla legge del luogo del contratto o da quella personale dei contraenti o da quell'altra legge cui essi abbiano voluto sottoporsi, e soltanto il modo della esecuzione dalla legge del luogo dove si procede all'esecuzione; trattasi di applicare la prima legge e non la seconda, non potendosi assimilare ad un modo di esecuzione la scusa che il debitore trova per non eseguire del tutto l'obbligazione, nel fatto stesso del creditore che ha trascurato di far valere i propri diritti.

La corte d'appello d'Anversa applicò il medesimo principio ad un contratto conchiuso all'estero fra stranieri, nel quale mancava pertanto la presunzione che i contraenti avessero voluto sottoporre i propri patti al diritto belga. Una nave greca aveva contratto in Grecia un prestito a cambio marittimo, rispetto al quale in Grecia la prescrizione si compie nel termine di cinque anni dalla data del contratto; essendo essa stata sequestrata in Belgio dal creditore, gli altri creditori opponevano la prescrizione triennale stabilita dalla legge belga del 21 agosto 1879; (4) ma la corte ritenne che il termine della prescrizione dovesse regolarsi secondo la legge del luogo del contratto e che dovesse ritenersi perciò necessario il compiersi del termine stabilito dalla legge greca. (5) Se i contraenti fossero stati belgi si sarebbe applicata la legge belga non già per una preferenza alla legge del creditore o del debitore come tali, ma per effetto della presunzione che i contratti stipulati fra connazionali siano sottoposti interamente alla legge comune delle parti. Tale è la ragione delle decisioni pronunziate sul medesimo senso dalla giurisprudenza francese e specialmente dal tribunale commerciale di Marsiglia in una causa relativa ad una conven-

(1) Trib. Commerc. di Varsavia, 17 Marzo 1877, *J. de Dr. Int. Privé*. 1881, pag. 189.

(2) Art. 709. — (3) Art. 9 e 10 del tit. prelim. — (4) Art. 235.

(5) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 373, 4.

zione contratta fra francesi all'estero. (1) Due francesi, Boursier e Boyer, avevano negoziato certe mercanzie a Montevideo dove risiedevano, ma non erano domiciliati senza proposito di ritorno in Francia; il compratore sosteneva che il compimento del prezzo da lui dovuto era prescritto nel termine di due anni secondo la legge dell'Uruguay: il venditore sosteneva essere necessario per la prescrizione il termine di trent'anni voluto dalla legge francese; il tribunale ammise le ragioni del venditore; (2) ma in altri casi analoghi (3) si preferì ad ogni altra presunzione quella in favore della legge vigente nel luogo del contratto; e la stessa è sostenuta da taluno secondo il diritto austriaco. (4)

Il progetto belga non contiene una disposizione speciale circa la prescrizione estintiva, ma il relatore nota giustamente che, essendo essa uno degli effetti della obbligazione, deve come tutti gli altri, andar soggetta alla legge che regola l'obbligazione stessa. Il progetto del Laurent disponeva invece nell'articolo 26. « La prescrizione acquisitiva è retta dalla legge della situazione dei beni; quella estintiva dalla legge del luogo dove fu contratta l'obbligazione ». Nel secondo progetto lo stesso risultato deriva per quanto riguarda i beni dalle disposizioni dell'articolo 5 che determina la territorialità della loro condizione giuridica e del modo d'acquistare i diritti che li riguardano, e, per quanto riguarda le azioni personali, dalle disposizioni dell'articolo 7 circa le obbligazioni.

Secondo la dottrina del Savigny essendo attribuito il carattere di diritto locale dell'obbligazione a quello del luogo di esecuzione, fa d'uopo cercare in quest'ultimo territorio la legge che deve regolare la prescrizione; altri sostengono lo stesso criterio anche indipendentemente da quel motivo, sia che credano col Troplong, (5) che scopo della prescrizione sia la punizione del creditore, negligente e che perciò il suo termine debba essere stabilito secondo il diritto del luogo dove si verifica la negligenza cioè dove l'obbligazione doveva essere eseguita; sia che vi ravvisino col Lehr (6)

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1881, pag. 258, 9.

(2) V. in senso contrario Corte di Cassazione fr., 13 Gennaio 1869; Sirey, 1869, I, 49. — (3) Laurent, VIII, pag. 362.

(4) Basevi, Comment. al c. c. austriaco, pag. 587, e Corte Suprema austriaca 9 Giugno 1858, Zeitschrift für das gesam. Handelsrecht. II, 1, 135.

(5) Troplong, Prescription, n° 38.

(6) Lehr, l. c., pag. 518, 9.

un modo di estinzione della obbligazione, una presunzione di pagamento anteriore da parte del debitore piuttosto che una decadenza inflitta al creditore negligente. (1)

701. — La determinazione della prescrizione si vuol regolata secondo la *lex fòri*, da chi considera le norme che la riguardano come regole di procedura, ed adduce ad argomento il principio secondo il quale uno Stato sovrano ha il diritto di determinare quali regole i suoi giudici debbano seguire nell'amministrazione della giustizia. (2) Quantunque tale sistema abbia il difetto di confondere una questione relativa alla sostanza della obbligazione con una questione di procedura, e di render possibile il mutare del termine della prescrizione a seconda del giudice adito, è pur seguito in una parte d'Europa e nell'America anglosassone. In Inghilterra, dice il Westlake, (3) che pur ne fa la critica, la prescrizione liberatoria degli impegni personali è quella determinata dalla *lex fòri* sia il termine stabilito da questa o più lungo o più breve di quello della legge propria dell'obbligazione; ed il Guthrie afferma che i diritti d'Inghilterra, di Scozia e degli Stati Uniti concordano nel considerare gli statuti di limitazione delle azioni come appartenenti alle norme di procedura. (4)

La giurisprudenza scozzese abbandonò il criterio di chi vuol preferita la legge del domicilio del debitore nel caso Lipmann c. Don, e continuò in seguito ad attenersi alla nuova dottrina in quel caso preferita, sicchè ora, anche nel caso di un contratto fatto all'estero ed eseguibile all'estero e pur trattandosi di uno straniero di passaggio per la Scozia, o contro il quale i tribunali scozzesi fossero competenti per ragione della proprietà da lui posseduta nel territorio, la decisione s'ispirerebbe alle sole norme della legge scozzese non meno che nel caso di contratti fatti ed eseguibili nel territorio e di persone che vi fossero domiciliate. I giudici degli Stati Uniti (5) si pronunciarono in favore delllla stessa soluzione nei

(1) Tribunale di Marsiglia, 20 Dic. 1865, corte di Aix, 20 Giugno 1866, ap. Weiss, pag. 805, n° 3, e Tribunale della Senna, 21 Giugno 1881, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 230 e segg.

(2) Wheaton, Elements, parte II, cap. II, § 8, Kent, Commentaries, vol. II, pag. 462, Story Conflicts of Laws, VI edit., n° 576, 7.

(3) L. c., § 223, 4.

(4) Guthrie, l. c., pag. 268, 9.

(5) Mac Elmoyle c. Cohen, Lawrence, vol. III, pag. 405.

rapporti di diritto federale dicendo che « la prescrizione è un argomento di amministrazione interna derivante dall'esperienza della propria necessità, e che il limite di tempo dopo il quale un'azione non possa più venir intentata fu stabilito fin da una remota antichità da ciascuna nazione in virtù di quella sovranità che la abilita ad esercitare la propria autorità su tutte le persone e su tutte le proprietà del suo territorio ». La stessa magistratura riconosce inoltre che « non v'è proibizione costituzionale, nè alcuna clausola nella costituzione da cui si possa plausibilmente dedurre che gli Stati non possano legiferare intorno ai rimedi di chi vuol reagire contro gli effetti di sentenze pronunciate in altri Stati, prescindendo da ogni immistione nella essenza della causa ». Ed in un altro caso i giudici della corte suprema si accordarono unanimemente nel dichiarare che « in ciascuno degli Stati Uniti, un'azione fondata sopra una sentenza di tribunali di altri Stati, deve essere intentata nei limiti di tempo fissati dalla legge locale, cioè dalla legge del luogo dove siede il giudice cui l'attore si rivolge e che arresterà l'azione mediante la prescrizione, determinata dalla sua legge ». Perciò si ammise nella Georgia che lo statuto di prescrizione colà vigente potesse invocarsi in un'azione basata sopra una sentenza resa da un tribunale della Carolina del Sud. In quelle parti del Canadà dove vige il diritto inglese prevale il medesimo criterio; (1) e secondo questo si pronunciò pure in Germania il tribunale supremo di Lipsia. (2)

Ma anche secondo taluno che vorrebbe, come regola generale, determinata la prescrizione secondo la legge regolatrice dell'obbligazione, la *lex fori* acquista in via di eccezione una notevole importanza, sostenendosi pur da chi preferisce quel criterio fondamentale che l'ordine pubblico internazionale esiga non essere mai il termine della prescrizione applicabile alla obbligazione retta da una legge straniera più lungo di quello ammesso dalla *lex fori*, e doversi applicare la legge straniera soltanto quando il termine da essa stabilito sia più breve del termine stabilito da quella del giudice. (3)

(1) Girouard. On Conflicts of prescriptions l. c.

(2) Marzo 1875, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1877, pag. 243. 4, v. anche A. Martin, « De la préscription » nella *Revue de Dr. Int.* 1887, pag. 276-283

(3) Weiss, pag. 806.

702. — Un'altra soluzione si propose dal Mérignac (1) che è ispirata dallo stesso concetto di preferenza della legge più favorevole all'obbligato; se non che, mentre nel caso prima accennato la scelta avviene fra la legge del fòro e quella del contratto, in questo caso avviene fra la legge del debitore e quella del creditore. Il Mérignac critica le soluzioni di chi bada troppo alla obbligazione in se stessa indipendentemente dalla persona del proprietario, ritenendo all'incontro che importi soprattutto considerare appunto quelle persone per trovare l'indicazione della legge regolatrice. Ora ad esporre il proprio criterio direttivo in tale ricerca egli ragiona così: « quando due persone contraggono insieme un rapporto obbligatorio, devono informarsi della loro condizione rispettiva; così nè l'uno nè l'altro potrà lagnarsi quando si applichi per il regolamento della prescrizione quella delle due leggi che ne fisserà il termine nel modo più conforme allo scopo cui tende tale istituzione. Essendo infatti l'esistenza della prescrizione liberatoria ispirata dall'interesse di tutti, tale interesse deve di necessità far piegare quelli dei privati. E qui trattasi non già dell'interesse formante parte del diritto pubblico interno di uno Stato ma dell'interesse generale di tutti gli Stati; è uno di quei principii che sono ammessi concordemente dal complesso di tutti i popoli civili. A tale categoria di istituti d'interesse pubblico nel più largo senso della parola appartiene la prescrizione che ha per iscopo di porre un termine ai litigi e di consolidare le situazioni dubbie, rendendo legale e definitivo lo stato di libertà presunta quando sia trascorso un tempo sufficiente a far presumere la rinuncia del creditore all'azione o la liberazione del debitore; perciò tutti i popoli la ammettono. Ne deriva che nei rapporti dei propri nazionali con stranieri uno Stato debba fare astrazione dalla propria legge nazionale per applicare la legislazione che nel caso concreto assicura meglio lo scopo per cui venne istituita la prescrizione, cioè quella che si mostra più favorevole all'obbligato che non al creditore e che libera quello più rapidamente ».

Ecco, egli dice, il terreno di conciliazione per il diritto internazionale privato. Nè tale soluzione a suo avviso potrebbe incontrare nelle legislazioni positive notevoli resistenze: i diritti nazionali adottano in generale il principio che si debba nel dubbio

(1) Mérignac, l. c., pag. 132-4.

preferire il debitore al creditore; lo stato di liberazione a quello di obbligazione. (1) Si potrà obbiettare, aggiunge egli, (2) che chi si pretende liberato deve giustificare l'avvenuto pagamento od il fatto che ha prodotto l'estinzione dell'obbligazione, e che se il dubbio si interpreta a favore del debitore quando il creditore non porge la prova del credito, s'interpreta al contrario in favore di quest'ultimo quando, provato il debito, il debitore non dimostra la propria liberazione. Ma, ammesso fuor d'ogni dubbio che si debba dal debitore provare essere trascorso, senza interruzione da parte del creditore, il tempo necessario, deve provarsi da lui che le condizioni volute furono adempiute durante il tempo richiesto dalla legge propria che egli invoca, oppure può ad una richiesta del creditore od anche contro di lui invocarsi dal debitore ed applicarsi anche contro il creditore la legge di quest'ultimo? Se le leggi dei due domicilî ammettono termini di prescrizione eguali, non si presenta alcuna difficoltà; se i due termini sono diversi, il Mérignac vorrebbe che si applicasse fra quello ammesso dalla legge del debitore e quello ammesso dalla legge del creditore, il termine più breve. Quando, egli dice, (3) si ammette che prevalga in ogni caso la legge del domicilio del debitore, ciò avviene perchè si vuol mostrargli maggior favore che non al creditore, « attendu (4) que le débiteur a le droit de se prévaloir des dispositions de la loi de son pays qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet ». Ora il favore del debitore non deve ricercarsi a suo avviso in astratto, in modo generale ed impersonale; non devesi applicare sempre la sua legge così da favorire il creditore quando il termine ammesso dalla legge di questo sia più breve di quello stabilito dalla legge del debitore. È dunque in *concreto*, in ciascuna ipotesi particolare che si deve ricercare il vero interesse dell'obbligato senza stabilire *a priori* una regola generale; e si sarà indotti così ad applicare secondo i casi leggi diverse, ma sempre in virtù dello stesso principio che induce a scegliere la prescrizione più breve. Ammessa una tale soluzione, è necessario che le parti obbligandosi si informino delle proprie leggi rispettive in guisa che, conoscendo quella che

(1) Art. 1162, 1187, 1602, codice civile francese e 1137, 1175, codice civile italiano.

(2) Art. 1315 codice francese, e 1312 codice italiano.

(3) Pag. 136.

(4) Corte di cassazione francese, Sent. del 1819. cit. dal Mérignac.

ammette il termine più breve, esse sappiano, al momento stesso del contratto, quale sia quella che sarà eventualmente applicata. Perciò il Mérignac respinge la dottrina di chi vuol attribuire il regolamento della prescrizione alla legge del domicilio del debitore nel giorno del processo, e preferisce considerare i domicili delle parti nel giorno della convenzione per seguire poi la legge di quello fra i due domicili che stabilisce i termini più brevi. Quando poi il domicilio di una parte non coincida colla sua nazionalità devesi ricorrere a suo avviso a quello piuttosto che a questa. Egli ammette (1) che si possa far predominare il principio della nazionalità in quei rapporti di diritto internazionale privato che riguardano la famiglia, le questioni di stato e di capacità e tutte quelle regole che hanno rapporto collo statuto personale, perchè è evidente che gli elementi complessi di cui questo è composto non possono essere retti se non dalla sola legge nazionale; ma preferisce la legge del domicilio per i rapporti creati dagli interessi pecuniari e specialmente dalle obbligazioni. « Dal punto di vista giuridico esiste fra il domicilio considerato come la sede dei diritti di una persona e questa medesima persona, tale vincolo intimo, che deve esercitare sulla nascita e la estinzione di quei diritti una influenza che non può disconoscersi; la persona (2) è ritenuta risiedervi abitualmente; là è il centro della sua vita giuridica e specialmente delle obbligazioni che essa contrae; tale influenza, che determina la competenza, deve avere il suo effetto anche sulla prescrizione che agisce sull'azione, perchè distrugge il diritto stesso; conviene dunque riferirsi, per stabilire il termine, piuttosto al domicilio che alla nazionalità ».

Prescindendo da tale preferenza del domicilio sulla nazionalità di cui sarebbe inutile ora rioccuparci, credo che a dimostrare l'insostenibilità della dottrina del Mérignac e di quella del Weiss, basti riferirsi a quanto abbiamo detto da principio circa il principio informatore della prescrizione considerata nella sua stessa esistenza. (3) Non si tratta di favorire il debitore od il creditore, ma di stabilire, nell'interesse della certezza dei diritti, oltre qual limite di tempo l'inerzia del creditore sarà assimilata alla liberazione del debitore; lo scopo della prescrizione nelle varie leggi è sempre l'ordine della società, scopo ben più alto e più comprensivo e più degno d'una

(1) Pag. 137. — (2) Pag. 138. — (3) Pag. 616.

legge limitatrice dei diritti, che non il favore d'un ordine determinato di persone. E tale elemento d'ordine della società, cioè la certezza dei diritti, vien tutelato dalla legge relativa alla prescrizione considerata nel modo più generico e comprensivo; così cioè in quanto ammette la prescrizione al di là di certi limiti di tempo, come in quanto al di qua di tali limiti dichiara ricevibile l'azione; essa tutela l'ordine e la certezza dei diritti non già soltanto colla liberazione del debitore, che è uno solo dei lati della sua efficacia, ma collo stabilire quel punto di demarcazione fra la persistenza di tali obblighi e la loro estinzione. È in errore dunque chi crede di corrispondere meglio allo spirito della legge che regola la prescrizione facendo prevalere nel diritto internazionale privato la legge che ammette il termine più brève, ed è pure in errore chi ritiene applicabile ad ogni controversia come di ordine pubblico il termine più breve stabilito dalla legge del fòro; il primo errore è causato dal ritenere che scopo della prescrizione sia il favore del debitore, il secondo dal ritenere che la legge sulla prescrizione sia d'ordine pubblico non già per se stessa considerata nel suo complesso, ma solo in quanto sia negativa del diritto del creditore.

Tale errore ci dà ora modo di riscontrare nuovamente un effetto di quel concetto incompleto dell'ordine pubblico che abbiamo già criticato trattando del divorzio; come rispetto a questo se la legge che lo riguarda è d'ordine pubblico deve essere ritenuta tale in genere, cioè in quanto riguarda quell'istituto ammettendolo o riprovandolo, e non già soltanto in quanto lo riprova; così nella prescrizione non è la sola disposizione di legge che la ammette in determinate condizioni, ma quella disposizione che comunque la riguarda ammettendola in certi limiti e non ammettendola in certi altri, che interessa egualmente, seppur interessa in qualche grado, l'ordine pubblico del paese dove siede il giudice. Non è possibile dunque che alla soluzione consigliata dal Mérignac si uniformino gli accordi di diritto internazionale privato e le corti che devono sostituirne colla loro giurisprudenza le mancanti prescrizioni; seppur da taluno si adottasse quella soluzione non si riuscirebbe così se non ad aggiungere una nuova occasione di conflitti alle varie occasioni che già derivano dai diversi criteri adottati in tale argomento, tanto più che i paesi dove il termine della prescrizione è più lungo, vi ravviserebbero, anche ad onta del correttivo deri-

vante dall'applicare la legge del domicilio invece che quella nazionale, un'indebita protezione degli stranieri a danno dei cittadini.

Due sole soluzioni sono logiche in tale argomento: quella del progetto belga che applica la legge del contratto e quella del diritto anglosassone, che applica la legge del fòro; e fra queste la prima è certo preferibile perchè nel regolamento degli effetti di una obbligazione che spetta alla legge di questa è implicito anche il regolamento di quelle condizioni verificandosi le quali l'obbligazione diventa destituita di qualunque efficacia.

703. — Così poi per quanto riguarda la scelta della legge che deve regolare l'obbligazione nella sua origine e nella sua esistenza, come per quanto si riferisce alla sua prescrizione, non v'è luogo a distinguere fra le obbligazioni che derivano da contratti bilaterali e quelle che risultano da contratti unilaterali; un motivo d'eccezione si presenta soltanto nel caso delle donazioni, per molti rispetti assimilabili alle disposizioni di ultima volontà.

Le obbligazioni che non derivano da contratto sogliono ritenersi derivanti o dalla legge, o da quasi contratto o da delitto o quasi delitto, (1) ascrivendo alla prima categoria quelle che si formano involontariamente per effetto d'una determinata condizione di cose, alle altre quelle che derivano da un fatto personale lecito od illecito per effetto del quale l'autore ne resta obbligato. Il codice francese nota come esempi di obbligazioni derivanti dalla legge (2) quelle che si formano tra proprietari vicini e quelle dei tutori e degli amministratori che non possono ricusare le funzioni loro attribuite; l'obbligazione alimentare, l'usufrutto legale, l'ipoteca legale appartengono pure alla stessa categoria.

Carattere comune a tutte queste obbligazioni è l'essere esse secondarie a qualche rapporto giuridico d'ordine personale o reale; e perciò nel diritto internazionale privato esse seguiranno rispettivamente nei vari paesi la sorte del rapporto giuridico principale da cui derivano; se scaturiscono dalle condizioni di fatto del possesso o della proprietà, saranno regolate egualmente in tutti i paesi dalla legge territoriale che per comune consenso è la sola competente a governare il regime della proprietà; se scaturiscono da rapporti personali saranno soggetti alla legge che governa la capacità della persona ed il regime della famiglia e daranno oc-

(1) Art. 1097, c. c. it. — (2) Art. 1370.

casione a quei conflitti di legge cui si prestano gli effetti internazionali di quella capacità e di quel regime.

704. — Nel caso dei quasi contratti, invece di dover considerare una obbligazione che la legge riconosce come derivante da una determinata condizione di cose, si tratta d'una obbligazione che deriva da un fatto volontario e lecito dal quale si ammette che risulti un rapporto obbligatorio fra l'agente ed un terzo. Così si ritiene che esista quasi contratto quando uno abbia amministrato senza mandato e volontariamente gli affari altrui, nel qual caso lo si ritiene obbligato verso colui del quale ha amministrato gli affari e si ritiene quest'ultimo obbligato in taluni casi verso di lui, (1) e quando taluno abbia ricevuto ciò che non gli era dovuto, nel qual caso lo si ritiene obbligato a farne restituzione a colui dal quale lo ha ricevuto. (2)

Tanto secondo il diritto nostro come secondo quello francese il negotiorum gestor è obbligato ad usare nell'amministrazione tutte le cure di un buon padre di famiglia; (3) ma l'autorità giudiziaria può tuttavia moderare la valutazione dei danni che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore tenendo conto delle circostanze che lo hanno indotto ad assumere la gestione. La ripetizione dell'indebito può avvenire quando il pagamento sia stato fatto per errore, senza distinguere fra l'errore di diritto e l'errore di fatto. Secondo il diritto austriaco ed alcuni diritti svizzeri quando taluno non si immischia negli affari altrui se non per sottrarli ad un pericolo imminente, non è responsabile che del dolo e della colpa lata; negli altri casi risponde anche della colpa lieve; e se ha agito malgrado la proibizione dell'interessato o se comunque si è impegnato in imprese specialmente arrischiate risponde anche del caso fortuito. (4) Il codice austriaco (5) ed il codice sassone (6) ritengono la ripetizione dell'indebito espressamente ammissibile tanto se il pagamento o la prestazione siano stati causati da un errore di diritto come se provenissero da un errore di fatto; ma il codice di Zurigo (7) sta-

(1) Codice italiano art. 1141; codice franc. art. 1372.

(2) Codice civile ital. art. 1145, cod. fr. art. 1376.

(3) C. c. ital., art. 1143, c. c. fran., art. 1374.

(4) Codice civile austriaco, § 1035, 1040: codice dei Grigioni, art. 391, codice zurighese, art. 1207.

(5) § 1431. — (6) Art. 1523. — (7) Art. 1221.

bilisce il principio che si possa prevalersi soltanto dell'errore di fatto e non anche di quello di diritto, ad eccezione del caso in cui risulti da circostanze eccezionali che esso fosse scusabile; per esempio quando l'errore riguardasse un principio di diritto controverso fra i giureconsulti e che persone estranee allo studio della scienza giuridica fossero scusabili di non aver compreso. Il codice di Zurigo esclude inoltre dal beneficio della restituzione (1) quella prestazione che fu fatta per effetto di un errore tale da non meritare veruna indulgenza.

Secondo il diritto spagnuolo il negotiorum gestor risponde, dal punto di vista della conservazione delle cose, anche della colpa lieve; però, se gli affari di cui ha preso cura, erano completamente abbandonati, non risponde se non della colpa lata, mentre risponderebbe anche di quella lievissima se qualche altra persona idonea avesse voluto dedicarvi le proprie cure. (2) Il pagamento dell'indebito vi fa sorgere l'obbligo e rispettivamente il diritto di restituzione se avvenne per un errore di fatto, non già se avvenne per errore di diritto; le *Partidas* dispensano poi i minori di 25 anni, le donne, i soldati ed i contadini, dall'obbligo di provare d'aver pagato per errore, imponendo l'obbligo della prova contraria all'altra parte. La restituzione della cosa dev'essere accompagnata anche da quella dei frutti da quella prodotti, mentre la restituzione degli interessi dal giorno del pagamento non incombe in Italia ed in Francia se non a chi era in mala fede quando lo ha ricevuto. (3)

Il codice portoghese, (4) dopo d'aver conferito al negotiorum gestor, la cui opera fu ratificata dall'interessato, i diritti che spettano al mandatario, distingue, quando manchi la ratifica, se il negotiorum gestor ebbe lo scopo di evitare all'altra parte un danno imminente e manifesto ed in tal caso gli attribuisce il diritto di essere indennizzato delle spese fatte per quello scopo; o se tale necessità mancava ed in tal caso obbliga il gestore a rimettere le cose nella condizione antecedente al suo intervento, indennizzando il proprietario del danno risultante dalla differenza che sussistesse al momento della restituzione. Quando non sia possibile rimettere le

(1) Art. 1220. — (2) Lehr, *Dr. Civ. Esp.* pag. 413-5.
(3) Art. 1147, c. c. it.; art. 1378, c. c. francese.
(4) Art. 1723-1734.

cose nella condizione anteriore, eppure i benefici eccedano i danni, il proprietario dovrà assumere a proprio conto così gli uni come gli altri; ma se i benefici non eccedono i pregiudizi, il proprietario potrà obbligare il gestore ad assumere tutto a carico proprio esigendone nel tempo stesso la debita indennità. Tali disposizioni sono però alquanto temperate da due articoli successivi. In primo luogo se chi è interessato ad impedire la gestione, avendone notizia non vi si oppone prima che sia giunta al suo termine, sarà tenuto per consenziente ma non ne risulterà perciò obbligato se non ne ritrae un effettivo profitto; ed in secondo luogo chi si intromette negli affari altrui perchè questi siano così connessi coi propri che la gestione degli uni non possa venir separata da quelle degli altri, sarà tenuto per socio di quello i cui affari avrà curati insieme coi propri, ed in tal caso il proprietario resterà obbligato in proporzione dei vantaggi conseguiti.

È questo pure il principio accolto nel diritto inglese secondo il quale il profitto ricavato dal fatto involontario altrui è una giusta causa di obbligazione, ma non v'è obbligazione quando non vi sia profitto. (1)

705. — Data l'esistenza di tali disformità nelle leggi relative ai quasi contratti, come saranno regolati in un paese gli effetti di un quasi contratto ch'ebbe origine in un altro o che prese nascimento nel territorio fra due stranieri? Il luogo d'origine è in caso anche il luogo di esecuzione: si avrà riguardo alla legge di questo territorio, o quale influenza eserciterà, in modo analogo a quanto avviene per i contratti, la legge personale comune delle parti o la *lex fori?* Il Westlake, parlando della legge applicabile ai quasi contratti nei rapporti di diritto internazionale privato, confessa che la giurisprudenza inglese nulla presenta di chiaro circa tale specie di obbligazione; (2) ma nel continente europeo la dottrina prevalente è quella che applica la legge del luogo dove avvenne il fatto che diede origine al quasi contratto. Tale criterio par risultare anche dalle disposizioni del codice italiano: infatti quando vi si parla di sostanza e d'effetti delle obbligazioni soggetti alle leggi del luogo dove gli atti furono fatti, non vi si distingue fra contratti e fatti da cui sorga un'obbligazione, mentre, quando

(1) Pavitt, l. c., pag. 93.
(2) Westlake. Pr. Int. Law. § 220.

si vuole riservata la legge nazionale delle parti, tale riserva parlandosi di *contraenti*, è limitata alle sole obbligazioni convenzionali; resta esclusa pertanto ogni legge, che non sia quella del luogo d'origine, dal regolamento dei quasi contratti, perchè la riserva della dimostrazione d'ogni altra diversa volontà delle parti non può invocarsi per quelle obbligazioni che non risultano da un concorso di più volontà, ma da un fatto che, rispetto a certi suoi effetti, la legge assimila ai contratti. (1)

Giova riconoscere però che nel nome di *quasi contratto* potrebbesi cercare un argomento specioso per invocare nel nostro paese l'applicazione della legge straniera ai quasi contratti interessanti stranieri. Così aveva fatto espressamente il Laurent il quale, partendo dal concetto che vi sia nei quasi contratti concorso di volontà, (2) disponeva nell'articolo 7 del suo Avant Projét di codice belga disponendo che: « i quasi contratti sono retti dalla legge personale delle parti se esse hanno la medesima nazionalità e da quella del luogo, dove il quasi contratto si forma, se esse appartengono a paesi diversi ». Ma tale proposta è stata abbandonata anche nel secondo progetto belga, il cui articolo ottavo dispone che « i quasi contratti sono retti dalla legge del luogo dove avvenne il fatto che è causa dell'obbligazione ». Da questo principio, che è generalmente adottato, deriva che come le obbligazioni convenzionali sono rette nella loro sostanza e nei loro effetti dal diritto del luogo dove hanno la loro sede, così debbono esserlo quelle derivanti da quasi contratto, colla differenza che quanto alla determinazione della sede delle prime varia la scelta fra il luogo d'origine, quello di esecuzione e quello del paese cui personalmente appartengono le parti, mentre circa la sede delle seconde v'è accordo nel riconoscerla nel territorio dove avvenne il fatto che diede loro origine, restando alla legge del fòro eventuale la prevalenza nell'applicazione delle sole norme di ordine pubblico.

Quando si ammettesse che i quasi contratti siano formati da un quasi concorso di volontà, non sarebbe evitabile che le eccezioni alla legge d'origine del rapporto giuridico ammesse in vari paesi per riguardo alla legge nazionale od agli indizi della volontà delle parti, vi venissero loro applicate. Ma risulta dalla considerazione

(1) C. c. ital., art. 9 prelim.
(2) Laurent, op. cit., vol. VIII. pag. 9.

del quasi contratto e delle disposizioni che lo riguardano, che, lungi dal poter ravvisarvisi un tale concetto, esso è secondo tutti i diritti positivi, considerato come l'effetto derivante da un fatto non per volontà dell'agente, ma della legge.

La convenzione è obbligatoria fra le parti in quanto esse vogliano nei limiti in cui la legge lo consenta; le parti agiscono deliberatamente e con concorde autonomìa ed è logico ricercare a quale legge esse siano personalmente sottoposte; il quasi contratto è obbligatorio fra le parti solo in quanto la legge riconosca produttività di effetti obbligatori al fatto che vi dà origine; esso non differisce dunque essenzialmente dalle obbligazioni che si dicono derivanti dalla legge; queste derivano da una condizione di cose da cui la legge fa derivare certe obbligazioni; quello deriva da un fatto dell'uomo da cui la legge fa derivare certe obbligazioni; il substrato è diverso ma è identica la causa.

706. — Nè questa può dirsi diversa quando trattasi di delitti o di quasi delitti; il solo elemento di distinzione consiste nel carattere illecito del fatto individuale, accompagnato o no da conformità d'intenzione; ma è sempre la legge che da quel fatto fa scaturire conseguenze giuridiche operanti fra l'autore di esso e chi ne risente le conseguenze. Il nostro diritto e quello francese stabiliscono la massima (1) che qualunque fatto dell'uomo arrecante danno ad altri obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno, e quest'obbligo (2) incombe anche relativamente ai danni derivanti da semplice negligenza od imprudenza propria, o dal fatto delle persone di cui si deve rispondere o delle cose che si hanno in custodia, (3) o dell'animale di cui uno si serve; (4) inoltre il proprietario di un edificio è obbligato per i danni cagionati dalla rovina di esso quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un difetto nella sua costruzione. (5) Tali disposizioni contemplano l'imperizia nell'esercizio della propria arte e la negligenza del capo di un ufficio che rende possibile un danno per fatto di chi dipende da lui.

(1) Art. 1151, c. c. ital.; art. 1382, c. c. franc.
(2) Art. 1383, c. c. fr., art. 1152, c. c. ital.
(3) Art. 1153, c. c. ital., art. 1384, c. c. fr.
(4) Art. 1154, c. c. ital. e 1385, c. c. fr.
(5) Art. 1155, 6, c. c. it.; art. 1386, c. c. fr.

Rispetto alla responsabilità dello Stato pel fatto dei suoi ufficiali, nè in Francia, nè in Belgio, nè nel nostro paese esistono provvedimenti legislativi speciali, ma in tutti questi paesi la giurisprudenza tende ad estendere la responsabilità dello Stato. In Germania invece si è riconosciuto il bisogno di provvedervi specialmente per legge; e la responsabilità dello Stato per danni ingiustamente arrecati ai privati dai pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, è in taluni Stati ammessa come principio generale, in altri per materie o casi determinati. (1) Così la costituzione della Baviera del 1818, una legge di Sassonia Coburgo del 1852, leggi prussiane, meklemburghesi e sassoni ed una legge germanica del 13 Febbraio 1875 per il danno prodotto dai soldati nelle esercitazioni sia sparando oltre la meta, sia occupando o danneggiando terreni diversi da quelli determinati; così la legge austriaca del 12 Luglio 1872 che nel caso in cui un ufficiale dell'ordine giudiziario abbia nell'esercizio delle proprie funzioni, leso il diritto delle parti cagionando loro così un danno per la riparazione del quale i mezzi di diritto offerti dalle leggi di procedura non assicurano un rimedio, accorda alle parti lese azione per reclamare la riparazione sia contro il funzionario sia contro lo Stato sia contro entrambi.

In Inghilterra ed in America la guarentigia dello Stato non è riconosciuta come sussidiaria di quella dei funzionari; così anche in Ispagna, dove la teoria della responsabilità per danno causato volontariamente od involontariamente trovò posto non già nelle leggi civili, ma nel codice penale; vi è riconosciuta la responsabilità civile del padre o del custode per danni causati da un imbecille, da un demente, da un minore di nove anni, o da uno che, avendo età inferiore ai 15, abbia agito senza discernimento; chi causa altrui un danno per evitare a se stesso un male maggiore di quello, è civilmente responsabile in proporzione del beneficio che ne ha ritratto, ma i tribunali dovranno tener conto delle circostanze di fatto e di diritto nella determinazione della indennità che venga loro domandata; quando una casa rovina su quella del

(1) Bonasi, Della resp. dei ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del regno, e la giurisprudenza, Bologna 1874. Parte III. Cap. VII, e: La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari, *Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche*, vol. I, pag. 181-3.

vicino, prima che questo abbia presentato reclamo al giudice, il proprietario non deve alcuna indennità; se quest'ultimo volesse riprendere i materiali utilizzabili abbandonando le macerie, gli sarà vietato di farlo, dovendo egli od abbandonare tutto al vicino o compiere interamente lo sgombero a proprie spese; ma se il danno non deriva da caso fortuito, bensì da atti volontarî compiuti nel proprio interesse dal proprietario, questo è tenuto a ripararlo. (1)

Secondo il diritto portoghese la responsabilità del proprietario di edifici rovinati (2) è regolata come secondo il nostro, ma il proprietario di animali od altre cose da cui derivi ad altri un pregiudizio, sarà responsabile per il risarcimento del danno se non provi che non vi fu da parte sua colpa o negligenza, (3) e non già come nel diritto italiano e francese in ogni caso compreso anche quello in cui l'animale che gli appartiene senza negligenza di lui siasi smarrito o sia fuggito: (4) se poi, ad evitare qualche pregiudizio imminente che in altro modo non si potesse impedire, si arrecò qualche danno alla proprietà altrui, sarà questo danno indennizzato da colui o da coloro a profitto dei quali fu fatto. (5) Il codice portoghese riconosce poi espressamente la responsabilità dei proprietari, costruttori, imprenditori, industriali, compagnie ferroviarie, assuntori di trasporti, non solo per i danni causati alla proprietà altrui, ma anche per gli accidenti che per colpa loro e dei loro agenti derivino a chicchessia, « sia che i danni procedano da fatti sia che procedano da ommissione di fatti, nel caso che i primi fossero contrari ai regolamenti generali ed a quelli particolari a simili opere, industrie od imprese, ed i secondi fossero richiesti da tali regolamenti ». (6) La responsabilità dello Stato per gli atti dei pubblici ufficiali è esclusa dalla disposizione (7) secondo la quale se i pubblici impiegati non eccedono o non trascurano le disposizioni della legge, non sono responsabili per i danni e per le perdite risultanti dal disimpegno delle loro funzioni; se, eccedendo le proprie attribuzioni legali, essi producono ad altri perdite o danni, saranno responsabili nello stesso modo che i privati cittadini, ad eccezione dei giudici i quali devono il risarcimento dei danni soltanto quando nell'annullamento o nella riforma delle loro sentenze per illega-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 416-420.
(2) Art. 2395. — (3) Art. 2394. — (4) Art. 1155, c. c. it.
(5) Art. 2296. — (6) Art. 2398. — (7) 2399, 2400.

lità, (1) è fatta la espressa riserva di tale diritto alla parte lesa o quando sia stata loro imposta la multa contemplata dal codice di procedura. Soltanto nell'amministrazione della giustizia è contemplata in un caso la responsabilità dello Stato: quando una sentenza penale sia stata eseguita e sia provato successivamente, coi mezzi legali competenti, che la condanna fu ingiusta, il condannato od i suoi eredi avranno la facoltà di ottenere una riparazione delle perdite e dei danni che sarà corrisposta dal pubblico erario in seguito a sentenza resa in procedimento ordinario ed in contraddittorio del pubblico ministero. (2)

Il diritto inglese designa coll'espressione generica di wrong-torto — ogni danno indipendente da contratto, ogni lesione dei diritti personali o reali la cui repressione spetti ai tribunali civili. I torti sono di tre specie: *nonfeasance* cioè omissione di un atto che si sarebbe stati obbligati a fare; *misfeasance* o compimento incompleto od insufficiente di quell'atto, e *malfeasance* od atto illecito. Regola generale del diritto inglese rispetto a tali azioni *ex delicto* era che « actio personalis moritur cum persona », sicchè esse debbano venir meno col mancare sia dell'autore del torto sia della vittima. Tale norma venne modificata, per quanto riguarda le conseguenze derivanti dalla responsabilità che incombe all'autore del delitto, da una legge di Guglielmo IV secondo la quale l'esecutore testamentario o l'amministratore della sostanza del *wrong-doer* può essere convenuto per ogni delitto o quasi delitto commesso dal defunto nei sei mesi antecedenti alla sua morte a pregiudizio della proprietà mobiliare od immobiliare altrui, purchè l'azione sia intentata nei sei mesi susseguenti all'apertura della successione. Per quanto riguarda la trasmissibilità dell'azione della vittima, quella regola venne modificata, prima permettendo agli esecutori testamentarî di intentare un'azione in ragione del danno causato alla sostanza mobiliare del defunto prima del suo decesso; poi concedendo la stessa facoltà alle medesime persone per danni alla sostanza immobiliare, quando il danno non avesse preceduto la morte di più di sei mesi e l'azione non la seguisse più tardi d'un anno; e finalmente ammettendosi che in tutti i casi di decesso causato da colpa o da negligenza che se non ne fosse seguita la morte, avrebbe attribuito alla vittima facoltà di procedere per ottenere un'inden-

(1) Art. 2401 — (2) Art. 2403.

nità, il colpevole possa essere convenuto per un indennizzo anche dopo la morte della vittima purchè l'azione sia intentata nel termine di dodici mesi dal decesso a nome dell'esecutore testamentario o dell'amministratore della successione del defunto, a profitto del coniuge sopravvivente, dei parenti, affini, ascendenti e discendenti della vittima e nella misura che sarà determinata dal giurì. Prima di questa riforma un uomo storpiato per colpa di un altro poteva ottenere un risarcimento; ma se egli moriva in conseguenza della ferita, mancava ogni via di ricorso alla famiglia di lui; ora invece questa non trovasi più in tali condizioni in ogni caso, ma soltanto quando la morte della vittima non sia stata la conseguenza diretta della ferita. (1)

707. — Esiste dunque disformità nelle varie leggi circa il concetto di delitto civile e di quasi delitto, circa le conseguenze che ne derivano per l'autore e per la vittima, circa la responsabilità delle persone fisiche e morali per il fatto altrui; quando siavi la necessità di giudicare di un delitto o di un quasi delitto nei rapporti internazionali quale legge vi sarà applicata? Tre soluzioni diverse si presentano in questo caso: la legge del fòro apparisce come positivamente e negativamente imperativa in modo assoluto se si prende la parola *delitto* nello stesso senso attribuitole nel diritto penale, rispetto al quale il giudice non può conoscere ed applicare se non le leggi del proprio paese; se si bada alla volontà delle parti che compiendo certi atti si sottopongono a determinate conseguenze contemplate dalla legge, si dovranno applicare per analogia le regole già accennate relativamente in contratti; (2) se invece si bada a quella vera causa delle obbligazioni derivanti da delitti o quasi delitti che è nella legge attribuente a certi fatti determinate conseguenze, si applicherà sempre la sola legge del luogo dove il fatto è avvenuto, e cui spetta perciò determinare e regolare a preferenza di qualunque altra le conseguenze che il verificarsi di quel fatto produce. Tale ultima soluzione è quella più generalmente accolta: così può ritenersi secondo il codice italiano che non contiene veruna disposizione speciale circa il regolamento internazionale dei delitti e dei quasi delitti, ma che implicatamente adotta quel criterio nelle disposizioni relative alle obbligazioni in genere;

(1) Pavitt, l. c., pag. 27, 92, 3, 4; Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 611-7.
(2) Waechter. Archiv für civilst. Praxis, vol. XXV, pag. 390, n. 386.

così può dirsi con maggior certezza secondo il progetto belga che anche ai delitti ed ai quasi delitti vuole applicata (1) la legge del luogo dove il fatto che è causa dell'obbligazione è avvenuto.

È naturale che la legge del fòro abbia pur la sua sfera di efficacia in concorrenza con quella del luogo del fatto, ogni qualvolta di questo dovendo giudicarsi in territorio diverso da quello dov'è avvenuto, s'imponga al giudice una disposizione imperativa del proprio diritto pubblico; giova però notare che, appunto nel caso di quei delitti rispetto ai quali son maggiori le divergenze legislative come nei danni risultanti dalle costruzioni ed in quelli di cui possano chiamarsi responsabili gli ufficiali pubblici, o lo Stato, l'azione o è normalmente portata o deve essere portata davanti ai tribunali del luogo di origine del fatto stesso. Negli altri casi la *lex fòri* non si oppone ragionevolmente all'azione derivante da delitto se non in quei limiti in cui si oppone al riconoscimento nel territorio di effetti prodotti da una legge straniera, o da una condizione giuridica creata in paese straniero; limiti che non sono ben concretamente determinati per causa del concetto vago dell'ordine pubblico, ma che non sono indeterminati nel giudizio delle conseguenze di delitti o quasi delitti compiuti all'estero in maggiori proporzioni che in quello di altri rapporti giuridici stranieri.

La soluzione che risulta dal nostro codice e dal progetto belga fu adottata anche dalla giurisprudenza inglese nel caso di un bastimento britannico che per effetto di negligenza aveva prodotti danni in un porto spagnuolo. I proprietari del luogo danneggiato avevano intentata un'azione davanti i magistrati inglesi contro i proprietarî del bastimento, invocando la legge inglese (2) secondo la quale i proprietari sono responsabili della negligenza del capitano e di quella dell'equipaggio. Ma i giudici, considerando che nessuno può essere tenuto per un delitto se non secondo la *lex loci delicti commissi*, applicò la legge spagnuola secondo la quale quella responsabilità non pesa che sul capitano e sull'equipaggio. (3) Quando secondo la *lex loci*, dice un'altra decisione, (4) un atto di cui ta-

(1) Art. 8. — (2) Sotto questo rapporto è identico il diritto francese. V. trib. comm. di Havre, 28 Gennaio 1886. Stephen c. Napp. e *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 71.

(3) Re M. Moxham, 3 febb. 1876. Probate Division, ap. Westlake, Casi di Dir. Int., *Rev. de Dr. Int.*, vol. X, pag. 539–550.

(4) Guthrie, pag. 251.

luno si lagna è giusto, quest'atto, quantunque fosse per essere illecito se commesso in Inghilterra, non potrebbe costituire fondamento d'azione davanti ai tribunali inglesi; poichè sarebbe ingiusto che chi ha inteso di obbedire alla legge che lo obbliga, fosse fatto responsabile di risarcimenti in un paese dove prevalga un diritto diverso.

Per converso i magistrati inglesi ritennero che la *lex fòri* debba applicarsi per rifiutare un'azione fondata sopra un fatto che secondo la legge inglese non impone responsabilità; sicchè può dirsi che senza limitarsi a far prevalere le proprie norme nei soli limiti dell'ordine pubblico, il diritto inglese preferisce fra la propria e la straniera la disposizione più indulgente; dando origine così a non poche occasioni di dinieghi di giustizia nei riguardi degli stranieri per fatti avvenuti all'estero, in un paese dove gli autori dei fatti dannosi sono trattati con tanta indulgenza, soprattutto dal punto di vista della trasmissibilità dell'azione che da quei fatti deriva. La stessa giurisprudenza vige nelle corti scozzesi ed americane. (1) La giurisprudenza germanica (2) ritiene invece che la legge nazionale del danneggiante e quella del fòro debbano prevalere su quella del luogo dove avvenne il danno.

708. — Una specie di delitto o quasi delitto nella quale non è materialmente possibile applicare sempre lo stesso principio, è quella della collisione fra le navi avvenuta in alto mare. In tal caso essendo il fatto avvenuto fuori di ogni giurisdizione territoriale ed essendosi molti Stati messi d'accordo intorno alle regole da seguirsi per evitare le collisioni, ma non intorno a quelle da applicarsi per giudicare le controversie che ne derivano, è necessario scegliere fra tali regole diverse quali debbano venir preferite. (3) Se le due navi appartengono al medesimo Stato nulla si oppone all'applicazione della legge dello Stato stesso, quando la collisione è avvenuta in alto mare; e tanto se appartengono allo Stato stesso quanto se navigano sotto diversa bandiera, nulla si oppone al-

(1) Field, art. 616, 620 n.

(2) Trib. dell'impero 11 Luglio 1886. Harrison c. la Hamburgische Amerikanische Paccketfahrt Aktiengesellchaft e trib. d'app. di Lubecca, 30 gennaio 1849; trib. sup. di Berlino del 25 ott. 1859.

(3) V. Regolamento dei mezzi per prevenire le collisioni in mare. Perels Droit maritime, pag. 373-380.

l'applicazione della legge territoriale quando la collisione sia avvenuta nelle acque territoriali di un altro Stato; (1) salvo sempre in quest'ultimo caso i privilegi e le immunità di giurisdizione propri delle navi da guerra. (2) Quando appartengono a due Stati e l'abbordaggio è fortuito o causato da colpa di un solo capitano è generalmente ammesso che il danno sia a carico di chi lo ha sofferto nel primo caso e della nave colpevole nel secondo, ma quando risulti che vi fu colpa da parte di entrambi i capitani, il diritto italiano (3) vuole sopportati i danni da chi li ha subiti; il diritto inglese e quello tedesco li vogliono divisi per metà; il Congresso d'Anversa proponeva che si facesse una massa di danni da dividersi fra le due navi proporzionatamente alla colpa avuta nella collisione. Il regolamento internazionale del 1 settembre 1884 fornisce ai magistrati dei vari paesi aderenti certe norme e certe presunzioni per giudicare se e quando ed a carico di chi siavi stata colpa; (4) e tale conformità dell'attribuzione di colpa nei casi concreti alle disposizioni del regolamento internazionale sarebbe maggiormente assicurata se non si stimasse talora che convenga astenersene per altri motivi quando, come nel diritto spagnuolo, si riserva la dichiarazione di colpa e di responsabilità alla giurisdizione speciale marittima, lasciando poi alle autorità civili la conoscenza delle azioni per risarcimento di danni. (5) Ma quando trattasi di apprezzare le conseguenze della colpa, fra navi di bandiera diversa le leggi rispettive trovansi tuttora in collisione. Nel conflitto fra queste varie leggi che molti cercano di uniformare, trova però ormai maggior favore la regola che ciascuna nave resti

(1) Alta corte di giustizia d'Inghilterra, Div. dell'ammiragliato, 26 luglio 1886 e corte d'app. 15 febbr. 1887, Augusta c. Chilian. *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1888, pag. 114-133. a proposito di un abbordaggio avvenuto fra due navi inglesi nel bacino dell'Eure ad Havre.

(2) Testa. Dr. Public. Int. Maritime, trad. par Boutiron; Paris. Durand et Pedone Lauriel, 1886. pag. 86, e *Journ. de Dr. Int. Pr.*, 1888, pag. 226-239. Abbordaggio della *Ville de Victoria* (nave merc. fr.) e del Sultan (n. da guerra inglese) nelle acque territoriali del Portogallo.

(3) Cod. di comm., art. 662.

(4) Corte d'app. di Bordeaux, 23 Marzo 1887. Chevillot c. Comp. Bordelaise de navigation à vapeur, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 599, 600.

(5) H. Saint Marc. De l'abordage en Droit Espagnol. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1888, pag. 47.

obbligata nei limiti della propria legge e non possa ricevere più di quanto quella legge le accorda. (1)

709. — Diversa dagli altri delitti civili e dalle altre responsabilità dello stesso genere risultanti da atti illeciti è l'offesa alla cosidetta proprietà letteraria, artistica ed industriale considerata nel campo del diritto internazionale. Perchè un atto nocivo sia considerato in un territorio come atto illecito attribuente alla parte lesa titolo di chiedere un risarcimento, è necessario che in quello stesso territorio nel quale alla parte danneggiata compete un diritto, si produca anche l'atto che lo offende. Se infatti gli atti compiuti in un paese ledano i diritti e gli interessi riconosciuti ad un privato in un altro, ma nel paese dove son commessi vengono considerati dalla legge con atti leciti, il danno non autorizza la parte lesa a domandarvene un risarcimento, ma soltanto a difendersi dalle conseguenze di quegli atti nel territorio o nei territori dove quel diritto le è riconosciuto dalla legge. Tale è il caso della proprietà industriale, artistica e letteraria garantita ad un privato in uno Stato per un determinato oggetto, ma non riconosciutagli per lo stesso oggetto anche altrove.

Una prova di quanto sia progredita la coscienza della solidarietà internazionale risulta appunto dal fatto gli Stati riconoscono sempre più nei loro territori l'esistenza dei diritti di quella specie garantiti negli altri paesi, tendendo all'adozione generale del principio che un atto tendente a lederli, dovunque si produca, debba essere considerato pur dovunque egualmente illecito, e dia egualmente diritto alla parte lesa di reprimere la lesione e di ottenerne un risarcimento. Al primo stadio di questo sviluppo nella coscienza della solidarietà appartengono le disposizioni delle leggi particolari di qualche Stato che assimilano sotto questo rispetto la protezione degli stranieri a quella dei nazionali, o la stipulazione di convenzioni bilaterali nelle quali due Stati stipulano reciprocamente nei territori rispettivi tale protezione a favore dei sudditi di entrambi; il secondo stadio è rappresentato da convenzioni complessive mercè le quali tutti gli stati civili od una gran parte di

(1) Congresso di Anversa. Regole sui conflitti di diritto marittimo, n. 8. Victor Jacobs: *Avant Projet de loi maritime internationale.* Bruxelles, Larcier, 1886, pag. 49, 50. Così giudicarono il tribunale di comm. di Brest e la corte di Rennes, 22 gennaio 1887 e 21 dic. 1887. Kendrick, Wilson e C. c. Guignon e Tandonnet, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1888, pag. 80-4.

essi estendono per comune consenso tale protezione al complesso di tutti i loro territorî. Tale scopo fu raggiunto ormai in un numero ben notevole di paesi così per l'una come per l'altra delle specie accennate di proprietà.

Il 20 Marzo 1883 si costituiva a Parigi l'unione per la protezione della proprietà industriale, cioè brevetti d' invenzione, disegni e modelli industriali, marche di fabbrica e di commercio e nome commerciale. L'atto costitutivo fu riveduto dalla conferenza di Roma dell'Aprile 1886, che vi aggiunse un regolamento del quale, come della convenzione, è riservata una nuova revisione alla conferenza che sta per riunirsi a Madrid nel 1889.

A promuovere la protezione universale dell'altra specie di proprietà, l'associazione letteraria ed artistica internazionale fondata a Parigi nel 1878 indusse il Consiglio Federale Svizzero a convocare a Berna una conferenza che vi si riunì nel settembre del 1884 coll'intervento dei rappresentanti di dieci Stati e coll'adesione di tre altre potenze non rappresentate, rifiutando di prendervi parte la Grecia, la Danimarca, il Messico, S. Domingo ed il Nicaragua. Ne uscì un progetto di convenzione, riesaminato nel 1885 da un'altra conferenza dove erano rappresentati tanti Stati che insieme colle colonie hanno una popolazione di circa seicento milioni di abitanti. Il presidente della conferenza Numa Droz nel render conto dei lavori della conferenza si lusingava che l'Unione potesse venir fondata nel 1888, (1) ma la realtà superò anche la sua speranza. La convenzione venne firmata a Berna il 9 settembre 1886; le ratifiche ne furono scambiate il 5 settembre 1887 ed essa è entrata in vigore il 5 dicembre dello stesso anno nei rapporti fra la Francia e le sue colonie, la Germania, il Belgio, la Spagna, la Granbrettagna colle sue colonie e dipendenze, Haiti, l'Italia, la Liberia, la Svizzera e Tunisi colla clausola che riserva fra gli Stati contraenti il mantenimento delle singole convenzioni bilaterali in quanto queste siano più favorevoli agli autori del trattato d'unione. Non è questo il luogo di esaminare diffusamente nè l'atto d'unione della proprietà industriale, nè quello per la tutela dei diritti d'autori d'opere artistiche e letterarie; ciò che importa ora al nostro assunto è constatare che mercè tali atti internazionali si accordano ai cittadini di ciascun paese dell'unione nei territorî di tutti gli altri

(1) Numa Droz. Deuxième conférence diplomat. de Berne.

Stati che vi aderirono gli stessi diritti concessi ai nazionali. Secondo il trattato di Berna il godimento di tali diritti è subordinato al compimento delle condizioni e formalità prescritte dalla legislazione del paese d'origine dell'opera e la durata della loro protezione non può eccedere negli altri Stati la durata della protezione accordata in quello. Secondo la convenzione di Parigi i sudditi di ciascuno degli Stati contraenti sono pure assimilati negli altri ai nazionali e vi godono della stessa protezione concessa a questi e dello stesso ricorso legale che loro spetta contro ogni offesa portata ai loro diritti, purchè si verifichi il compimento da parte loro delle condizioni e delle formalità imposte ai nazionali dalla legislazione interna di ciascuno Stato. Anche in tali casi dunque l'azione di risarcimento è regolata dal diritto del paese, dove avviene il fatto illecito: ma l'innovazione affermata da molte convenzioni bilaterali e riaffermata dagli atti di unione consiste nell'attribuire ad atti che non erano un tempo considerati per se stessi come illeciti tale carattere anche fuori del territorio cui appartiene l'interessato e dove è costituito il suo diritto, riconoscendo tale diritto attribuito a quest'ultimo dalla legge del suo paese e fornendogli così il modo di farlo valere.

710. — Ma in una parte del diritto delle obbligazioni gli Stati civili sentono maggiormente la necessità di norme dirette ad impedire i conflitti e non considerano più come una utopia lo stesso diritto uniforme. Fra tutte le obbligazioni convenzionali infatti interessano in sommo grado e per più rispetti il diritto internazionale, quelle cambiarie. Avendo queste un campo sempre più vasto nella vita internazionale, i conflitti che si verificano rispetto alle altre obbligazioni devono necessariamente rispetto ad esse farsi tanto più dannosamente sentire quanto l'occasione ne è più frequente. Ma se d'un lato tuttociò dovrebbe contribuire a far sentire maggiormente il bisogno di regole atte a dirimere i conflitti, dall'altro siccome quelle obbligazioni interessano pure sommamente la vita economica dei singoli Stati, si manifesta in questi la tendenza a riconoscere rispetto a quelle meno che rispetto alle altre obbligazioni l'effetto delle leggi straniere; sicchè le varie legislazioni trovansi maggiormente in conflitto appunto nel regolamento internazionale di quelle convenzioni la esistenza delle quali interesserebbe sommamente che fosse scevra del tutto da conflitti. Basta a persuadersene considerare i criterî di diritto internazionale accolti nei

vari paesi rispetto alla capacità che dal punto di vista del diritto interno non è regolata dovunque dalle stesse norme rispetto alle medesime persone.

In Inghilterra, in Svizzera ed in Germania (1) chiunque può obbligarsi per contratto, può obbligarsi anche in via cambiaria: in Francia il minore commerciante può validamente impegnarsi per lettera di cambio, (2) ma la firma delle donne, maritate o non maritate, che non siano negozianti apposta ad una lettera di cambio non vale a loro riguardo che come semplice promessa; (3) in Italia i minori emancipati maschi o femmine, per poter essere reputati maggiori rispetto a quello come rispetto agli altri atti di commercio, devono venir autorizzati mediante un atto compiuto avanti al pretore, e gli atti di emancipazione e di autorizzazione devono essere presentati alla cancelleria del tribunale nella cui giurisdizione il minore intende trasferire la sua residenza per essere trascritti nel registro a ciò destinato; (4) la moglie non può essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito, ma la moglie commerciante può senz'altro contrarre obbligazioni per quanto concerne il suo commercio; (5) in Ispagna (6) ed in Portogallo (7) è limitata in generale ai commercianti la facoltà di obbligarsi per lettera di cambio.

In Inghilterra e negli Stati Uniti la territorialità della capacità dello straniero che vi si obbliga cambiariamente, non è nei rapporti di diritto internazionale privato un'eccezione, bensì quella norma è piuttosto l'applicazione della regola generale che vuole giudicata anche la capacità dei contraenti secondo la legge del luogo del contratto; ma anche la giurisprudenza francese, pur applicando un diritto che nei rapporti di diritto internazionale privato sottopone la capacità alla legge personale, tende a far prevalere la legge francese rispetto agli stranieri che si sono obbligati in Francia verso francesi; senza perciò rinunciare all'applicazione della legge francese alla capacità dei francesi impegnatisi all'estero verso stranieri.

(1) Legge inglese del 1882 art. 22; legge tedesca art. 1 e 2; C. svizzero delle obbligaz., art. 720.

(2) C. comm., art. 114. — (3) Art. 113.

(4) C. comm. ital., art. 9, 10. — (5) Art. 13, 14.

(6) C. comm., art. 434.

(7) C. comm., articolo 12.

Ma tale contraddittoria applicazione di due principî contrari fatta rispettivamente agli stranieri che si obbligano nel territorio ed ai nazionali che si obbligano all'estero, mentre in Francia non risulta se non da una tendenza mutabile della magistratura, risulta altrove da una precisa disposizione eccezionale della legge. Il codice svizzero delle obbligazioni dispone (1) che « la capacità degli stranieri di assumere obbligazioni cambiarie viene regolata dalle leggi dello Stato al quale essi appartengono; tuttavia se uno straniero che secondo le leggi del suo paese non avrebbe la capacità cambiaria, assume obbligazioni cambiarie in Svizzera, è tenuto ad adempierle in quanto abbia la capacità stessa secondo la legislazione svizzera; quanto alla capacità cambiaria dei cittadini svizzeri, si applicano le disposizioni di questo codice senza distinguere se risiedono all'interno o all'estero ». È un principio identico a quello ammesso dalla legge tedesca del 1848 (2) con una disposizione che il Savigny loda come molto equa e destinata a facilitare la pratica; (3) e che fu poi imitata dalla legge ungherese del 1876, da quella scandinava del 1880, e dal progetto di legge russo sulle lettere di cambio. (4) Anche il relatore del progetto di revisione del codice belga, dopo aver giustificata l'applicazione della legge nazionale alla capacità personale dello straniero, riserva però a qualche disposizione speciale la tutela dell'interesse particolare dei belgi, contraenti in Belgio con stranieri ed avvertendo che tali disposizioni speciali dovrebbero riferirsi soprattutto al diritto commerciale, si domanda se non vi fosse ragione di modificare del tutto quel principio quanto alle lettere di cambio e di dichiarare capace di obbligarsi cambiariamente in Belgio lo straniero che ne fosse capace secondo il diritto belga, quantunque ne fosse incapace secondo la propria legge nazionale. (5)

Che una tale regola, quando venisse applicata in ogni paese così nei riguardi degli stranieri che vi si obbligano come riguardo ai cittadini che si sono obbligati all'estero, potesse ritenersi, se non

(1) Articolo 822.
(2) Articoli 1, 2, 84.
(3) Savigny, l. c., § 364.
(4) Martens, vol. II, pag. 485.
(5) *Revue de Dr. Int.*, 1886, pag. 447 e n. 2. La legge nazionale delle parti è preferita secondo l'art. 2 del progetto di legge per i Paesi Bassi. C. Asser, *Revue de dr. int.* 1886, pag. 11.

come la dice il Savigny, molto equa, pur molto favorevole alla pratica semplicità degli affari, non è chi non lo veda; ma sarebbe necessario, perchè così fosse, ch'essa venisse applicata appunto come un criterio generale di diritto internazionale privato senza distinguere fra i cittadini contraenti all'estero con stranieri e gli stranieri contraenti nel territorio con cittadini a quella guisa che oltre un quarto di secolo fa la proponeva il Petruschevecz, (1) e che nell'ottobre del 1885 veniva formulata nell'articolo 2 del progetto uscito dalle deliberazioni del congresso di diritto commerciale di Anversa. (2) Ma finchè tale regola d'eccezionale territorialità della capacità personale rispetto alle lettere di cambio non si riconosce se non per metà, in quanto serve cioè a tutelare gli interessi dei propri sudditi contraenti con stranieri nel proprio territorio, mentre la si respinge quando trattasi di applicarla agli atti compiuti da quei sudditi all'estero contraendo con stranieri, allora le occasioni di conflitti anzichè diminuite riescono aumentate dall'adozione incompleta delle norme che parrebbero sancite collo scopo di toglierle.

711. — E siccome di evitare tali conflitti si sente sempre più imperioso il bisogno, e la ripugnanza di tanti paesi dal riconoscere in maggiori proporzioni nel proprio territorio la legge straniera, fa riconoscere come compito difficile quello di poterli evitare mediante l'adozione di regole uniformi dirette a dirimerli, si pensò di raggiungere lo stesso scopo con un rimedio diverso, e, come si direbbe volgarmente, più radicale; cioè mediante il diritto uniforme. Poichè tale scopo venne conseguito in piccole cerchie di Stati, non si dispera di raggiungerlo anche in una cerchia sempre più vasta; già da molti anni una legge ha sostituite le cinquantanove legislazioni germaniche; un'altra le legislazioni svizzere; già tre leggi uniformi furono contemporaneamente adottate nei tre Stati scandinavi; ed un'opera di assimilazione si osserva lentamente nelle varie leggi degli altri paesi.

Queste possono distinguersi in tre sistemi; il sistema francese nel quale la lettera di cambio suppone essenzialmente la rimessa

(1) Précis d'un code du Droit International. Leipzig. Brockaus, 1861, art. 199.

(2) Projet de loi sur la lettre de change voté par la section de la lettre de change du Congrès commercial d'Anvers, tit. 1, art. 2. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 638.

da luogo a luogo, deve contenere l'indicazione del valore fornito, ma è inutile che contenga l'espressione di *lettera di cambio;* la girata per essere traslativa di proprietà dev'essere redatta nelle forme determinate dalla legge; non vi sono giorni di grazia ed i termini del ricorso sono fissati dalla legge; il sistema germanico secondo il quale una lettera di cambio può essere tratta sul luogo stesso della sua creazione, l'indicazione del valore fornito non è necessaria, ma bisogna che la parola *Wechsel* od una parola corrispondente d'una lingua straniera vi sia inserita; la girata non vi è sottomessa ad alcuna forma determinata; ma vi sono giorni di grazia, ed i termini del ricorso sono fissati dalla legge; ed il sistema anglo-americano nel quale non vi è necessità di rimessa da luogo a luogo, nè d'indicazione del valore fornito; nè di enunciazione speciale da inserirsi nella girata; è inutile che il titolo contenga l'espressione di *lettera di cambio*; sono ammessi i giorni di grazia e spetta al giudice fissare i termini del ricorso. (1)

Il sistema francese fu per lungo tempo il più diffuso, ma finì per cedere sempre più di fronte al diffondersi del sistema germanico e delle sue imitazioni, generando un mutamento che corrisponde alle mutate condizioni economiche e sociali dell'età moderna. La lettera di cambio sorse infatti dall'ambiente sociale del feudalismo quando le classi industriali, accumulata qualche ricchezza, per la poca sicurezza delle vie di comunicazione e la diversità delle specie metalliche, trovavano più comodo anzichè trasportare materialmente il denaro, consegnarlo in un sito per riceverne l'equivalente in un altro. Il contratto assomigliava non già al prestito, ma alla vendita ed al cambio; anzi, fino al sedicesimo secolo, era necessario enunciarvi la natura delle specie ed il tasso del cambio per evitare la dissimulazione di una stipulazione d'interessi per prestiti di denaro. Più tardi la lettera di cambio cessò d'essere soltanto il mezzo di prova e di esecuzione del contratto di cambio, per trasformarsi in un valore indipendente dotato d'importanza propria, divenire uno strumento di credito e fare le veci di moneta fiduciaria. (2) Essa non s'è trasformata però dovunque nello stesso

(1) Lyon Caen. Tableau des lois commerciales des principaux États et unification des lois rélatives aux lèttres des change. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1876, pag 165; e 1884, pag. 354.

(2) Brocher. Étude sur la lettre de change dans les rapports de droit international privé.

modo e nella stessa misura, ed in ciò sta un ostacolo alla sua uniformità futura; ma poichè essa è sorta dalla coscienza del medesimo bisogno ed è sottoposta nella società moderna all'influenza degli stessi fattori sociali, la uniformità del diritto che la governa si presenta come una meta molto più probabile, che non per altri istituti e rapporti giuridici.

La legge ungherese, belga, scandinava, svizzera ed italiana ed il progetto russo, indicano la gravitazione dei diritti particolari verso il sistema germanico e la Francia resta quasi isolata nella conservazione dell'antico sistema legislativo. Il progetto votato ad Anversa dal congresso del 1885 ripudia pure il sistema francese in quanto non suppone la rimessa da luogo a luogo e non esige l'indicazione del valore fornito; segue invece il sistema francese ed inglese nel non esigere che il titolo, per valere come cambiale. contenga le parole *lettera di cambio;* (1) quanto alle disposizioni relative alla provvisione che consacravano il sistema del trasferimento della sua proprietà per effetto della girata, essendosi raccolta una maggioranza di voti che non rappresentava se non una minoranza di Stati, l'assemblea riconobbe impossibile il raggiungimento su quella base della uniformità, e votò alcuni articoli alternativi fra i quali agli Stati aderenti sarebbe consentito di optare.

Le legislazioni cambiarie si vanno dunque avvicinando all'uniformità ed i risultati del Congresso di Anversa persuadono a non considerare più come una utopìa lo stesso conseguimento pieno di quella uniformità. L'esame dei progetti proposti in tale materia all'adozione comune dei popoli civili esce però dal campo di questi studi quantunque la loro adozione interessi vivamente il diritto internazionale; la loro discussione è una discussione tecnica di diritto commerciale e le ragioni intrinseche per adottarne le disposizioni si svolgono pertanto nell'orbita di questo.

La soluzione dei conflitti di diritto privato è la più alta meta del diritto internazionale; ma, in quanto trattisi di risolverli fra leggi destinate a restare diverse, a quello spetta la ricerca e la discussione dei mezzi, il loro perfezionamento ed il loro adattamento progressivo e perfezionato ai nuovi bisogni della società

(1) Law Quarterly Review, Luglio 1886, pag. 297-312. Critica al Congresso d'Anversa, del Wilson il quale preferisce la legge inglese.

degli Stati; in quanto trattisi di evitare quei conflitti rispetto a qualche rapporto giuridico mediante l'adozione di una legge uniforme, la discussione dei mezzi ed il fine che pur interessano il diritto internazionale escono però dall'orbita sua; anzi, quando quel fine sia raggiunto, il diritto internazionale privato sparisce e vi si estingue, a dir così, nel pieno raggiungimento del proprio scopo.

XII

SUCCESSIONI.

712. Concetti dottrinali e legislativi circa il regolamento della successione nel diritto internazionale privato: la volontà tacita o l'impero della legge nella successione intestata. — 713. Il diritto dello straniero a succedere: in quanto concesso e da quale legge regolato. — 714. Successione intestata: varietà di leggi; impossibilità di diritto uniforme. — 715. Diritti dei discendenti alla successione: eguaglianza, senza distinzione fra i beni. — 716. Privilegi della primogenitura e del sesso. — 717. Figli legittimi e naturali: diversa graduazione dei loro diritti. — 718. Genitori ed altri ascendenti. — 719. Ascendenti e fratelli. — 720. Altri collaterali: determinazione del grado oltre il quale il loro diritto si estingue. — 721. Secondo l'elemento famigliare o quello sociale. — 722. Vario riconoscimento dei diritti del coniuge sopravvivente. — 723. Diversità di leggi circa la presunzione di morte. — 724. Presunzioni nel caso di commorienza: precedenza o contemporaneità. — 725. Regolamento internazionale della successione intestata: ragioni favorevoli alla prevalenza della legge nazionale del defunto. — 726. Misura di riconoscimento di tale criterio nel diritto positivo. — 727. Leggi che ammettono la prevalenza del diritto del domicilio del defunto. — 728. Conflitti fra gli Stati della prima e quelli della seconda specie e fra questi ultimi per differenza di criterio del domicilio. — 729. Diritti che non ammettono il regolamento internazionale unitario della successione: domiciliati e non domiciliati: mobili ed immobili: sistema francese. — 730. Se, nei limiti in cui si riconosce l'applicabilità della legge straniera, debbano applicarsi le sue disposizioni materiali o le sue norme di diritto internazionale privato. — 731. Altri diritti positivi che distinguono fra mobili ed immobili: questi secondo il diritto del territorio: quelli secondo la legge personale diversamente intesa. — 732. Indole e frequenza di conflitti fra questi vari sistemi: convenzioni nel senso dell'ultimo: difficoltà di far prevalere la legge nazionale: per quali gradi arrivarvi. — 733. Successione testamentaria: varie leggi sulla capacità a far testamento. — 734. Conflitti derivanti dalla scelta diversa della legge regolatrice della capacità. — 735. Contenuto del testamento: varie leggi sulla legittima ed altre condizioni di validità intrinseca. — 736. Regolamento internazionale del contenuto del testamento indipendente dalla legge del luogo dove il testamento fu fatto. — 737. Nazionalità, domicilio, limiti circa gli immobili: distinzione fra la legge regolante la capacità e quella regolante il contenuto. — 738. Limiti al riconoscimento della legge straniera ispirati dalla protezione dei propri nazionali. — 739. Varie leggi relative alle forme; semplici e solenni. — 740. Misura di riconoscimento e di applicazione della regola *locus regit actum*. — 741. Misura della libertà di scelta concessa ai testatori fra la legge locale dell'atto e quella personale. — 742. Estensione delle attribuzioni consolari che ne deriva. — 743. Eccezione alla regola *locus regit actum* come imposizione ai sudditi di seguire all'estero la forma prescritta dalla legge nazionale. — 744. Conflitti derivanti da tale eccezione e dalla mancanza di reciprocità verso gli stranieri anche negli Stati che sanciscono quella

norma per i nazionali. — 745. Eccezioni derivanti dalla situazione della cosa disposta e carattere non bene definito dallo statuto delle forme. — 746. Donazioni e patti successori. — 747. Capacità dei successibili: condizioni generali di capacità; incapacità speciali per fatto del successibile e norme relative alle persone giuridiche. — 748. Criteri di diritto internazionale circa le une e le altre: sfera di efficacia del diritto del defunto, del successibile e della cosa. — 749. Apprensione dell'eredità: passaggio immediato dei beni; bisogno di immissione in possesso. — 750. Se sia materia di statuto personale o reale: opinioni: diritto positivo favorevole alla realità. — 751. Varî modi di accettazione e loro effetti; influenza su quella e su questi della legge personale del defunto, e degli eredi e di quella della cosa e dell'atto. — 752. Divisione e liquidazione: realità del suo carattere dichiarativo od attributivo. — 753. Esecutori ed amministratori: loro caratteri ed attribuzioni nei varî paesi. — 754. Ragioni per il loro riconoscimento universale: differenza nel diritto positivo fra gli esecutori, e gli amministratori nominati dall'autorità: e, nei primi, fra il titolo e gli effetti. — 755. Attribuzioni dei consoli per tutelare le successioni dei loro concittadini e convenzioni che le riconoscono insieme con quelle degli esecutori. — 756. Attribuzioni conservative: maggiore o minore loro estensione. — 757. Attribuzione di liquidare: specialmente nei paesi non cristiani. — 758. Maggiori attribuzioni dei consoli circa le successioni dei marinai. — 759. Controversie: autorità competente; soluzioni favorevoli all'autorità del paese della persona. — 760. Competenza dell'autorità del paese dove sono situate le cose. — 761. Tasse di successione: diritto comparato sulle successioni libere da tassa e sulla graduazione di questa nelle successioni colpite. — 762. Accordo per la territorialità circa gli immobili in quanto riguarda la competenza a prelevare la tassa; conflitti circa la proporzione della sua graduazione. — 763. Mobili: soluzioni per la competenza dello Stato della situazione materiale. — 764. Soluzioni per la competenza dello Stato della situazione fittizia nel luogo di domicilio del defunto: doppia tassazione. — 765. Combinazione illogica delle due soluzioni nel sistema francese. — 766. Successione vacante: leggi che la enunciano come successione da parte dello Stato. — 767. Diritti che definiscono come occupazione il diritto dello Stato. — 768. Conflitti circa la scelta della legge secondo la quale determinare se la successione sia vacante. — 769. Determinazione dello Stato cui spetti raccoglierne i beni: dubbî dottrinali; prevalenza, nel diritto positivo, dello Stato della situazione: conseguenze circa il concetto assunto nel diritto moderno del titolo dello Stato a raccogliere i beni delle successioni vacanti.

712. — I concetti predominanti nelle varie legislazioni rispetto alla legge che deve regolare la successione nel diritto internazionale privato, corrispondono a quelli che ispirano i varî criteri dottrinali sullo stesso argomento, esposti dal Savigny, dal Laurent e dagli scrittori della scuola italiana. (1) Da una parte al concetto romano della successione considerata come una continuazione della persona giuridica del defunto nell'erede, corrisponde il principio di diritto internazionale privato secondo il quale la successione

(1) V. vol. I, pag. 85, 6, 150, 1, 208 e Savigny l. c., § 376. Brocher l. c., Effetti della famiglia sui suoi membri. Asser.-Rivier, pag. 132, 3. Laurent, vol. VI, pag. 226, 7.

appartiene allo statuto personale; dall'altra al concetto di chi ravvisa nella successione un semplice acquisto particolare di diritti sulle cose lasciate dal defunto, corrisponde il principio di diritto internazionale secondo il quale essa dev'essere singolarmente regolata dal diritto vigente nei vari luoghi dove le cose trovansi situate. Quest'ultimo concetto, non operando in generale sui mobili per effetto della finzione che li considera aderenti alla persona, (1) conserva in molte legislazioni tutta la propria efficacia per quanto riguarda gli immobili. Inoltre nelle varie legislazioni che ammettono in tutto od in parte l'impero della legge personale, si arriva a risultamenti diversi secondo che si considera come legge personale regolante tutta la successione od una parte di essa, quella del domicilio del defunto o quella dello Stato cui egli apparteneva come suddito.

La prima legge è preferita anche in questa come nelle altre parti del diritto internazionale privato nel sistema del Savigny e dei suoi seguaci, (2) ed è difesa anche da scrittori appartenenti a paesi che, o nelle loro leggi interne o nei trattati internazionali stipulati su tale argomento, hanno data la preferenza alla legge nazionale. Così il Gabba invoca nella successione, e specialmente in quella testamentaria, l'impero della legge del domicilio, deplorando che il codice civile italiano siasi pronunciato in favore della legge nazionale; (3) e mentre il Brocher, commentando la Convenzione franco-svizzera del 1869, difende la più completa applicazione della legge nazionale, (4) il Curti, scrivendo sullo stesso argomento, si pronuncia altrettanto recisamente, anche quanto alla competenza giudiziaria, per la legge del domicilio. (5) La preferenza riconosciuta alla legge nazionale anche in tutto quanto riguarda il diritto materiale della successione, deriva necessariamente in alcuni Stati come

(1) Bar, l. c., pag. 377; ed Asser-Rivier pag. 135 n.; Holland l. c. pagina 119, 20.

(2) Guthrie, l. c., pag. 272, 3, 4-8.

(3) Associat. ecc. Report of the eight annual conference, 1880, London Clowes, 1881, pag. 143-5.

(4) Commentaire ecc. pag. 57, 8,

(5) Eugen Curti. Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betreff. Gerichtsstand und Urtheilvollziehung, Zurich. 1879, pag. 74. « Es gehört su den Singularitäten dieses Vertrags, dass er den Gerichtsstand der Erbschaft, wie dies in Doctrin und Gesetzgebung regelmässig geschiet. nicht an den Wohnsitz des Erblassers, sondern an den Heimatort verlegt ».

una conseguenza dall'adozione della stessa legge per regolare lo stato della persona, la sua capacità ed i rapporti di famiglia. Perciò non solo le leggi che adottano tale criterio in generale sono indotte a preferirlo anche nel caso particolare della successione, ma anche gli scrittori che pur appartenendo a paesi scostantisi da quel principio, lo riconoscono come più logico intrinsecamente e più opportuno praticamente di quello adottato dalla loro legge patria, non fanno eccezione a tale preferenza trattando dell'istituto speciale della successione. (1)

Ma, pur supposto come ammesso generalmente l'impero della legge personale sull'intero regolamento della successione, la preferenza della legge personale del domicilio o di quella personale della nazionalità dipende, nel caso della successione intestata, dalla scelta fra due diversi concetti fondamentali che si dividono il campo rispetto all'essenza di questa. Anche in tale ordine di rapporti si riproduce quella divergenza di vedute già notata rispetto al regime economico della famiglia nel caso in cui manchi un contratto di matrimonio: come in questo così in quel caso alcuni ravvisano nella sorte dei beni della persona l'effetto d'una disposizione di legge che provvede in modo imperativo quando l'individuo non abbia disposto nei limiti da essa consentiti, mentre altri considerano, come il regime della famiglia quando manchi un contratto di matrimonio, anche la successione quando manchi un testamento, quali effetti di un atto tacito di volontà degli individui della cui successione si tratta. Adottando quest'ultima soluzione si arriva necessariamente in ogni singolo paese, anche nei riguardi del diritto internazionale privato della successione, a minor certezza ed uniformità di risultati, nè v'è più luogo ad una assoluta e permanente prevalenza della legge nazionale su quella del domicilio, (2) mentre adottando la prima soluzione gli argomenti favorevoli alla legge nazionale fanno sentire tutta la propria influenza.

713. — Perchè le successioni non dessero luogo a conflitti nelle relazioni di diritto internazionale privato, sarebbe necessario che, non solo nei principî generali, ma anche in tutti questi criteri particolari, le regole adottate dalle varie leggi fossero ridotte

(1) Martens. Traité ecc. vol. II, pag. 454.

(2) Weiss, l. c., pag. 835, 6: il Weiss adotta appunto il concetto del testamento tacito.

ad un accordo dal quale sono ancora molto lontane. Fra i due termini che escludono ogni possibilità di conflitto di leggi: la negazione cioè d'ogni diritto ereditario allo straniero, e l'applicazione allo straniero, ammesso a trasmettere ed a succedere, d'una legge uniformemente scelta come la più competente, i diritti dei popoli civili si sono ormai discostati dal primo senza avere peranco raggiunto il secondo. La legge francese del 14 Luglio 1819 (1) abolì il sistema della reciprocità sancito dagli articoli 11, 726 e 912 del codice Napoleone, la legge belga del 27 aprile 1865 giunse al medesimo risultato, e l'Olanda le ha imitate colla legge del 7 Aprile 1869 abrogante gli articoli 889 e 957 del codice civile neerlandese; (2) la Serbia, pur conservando nell'articolo 47 del codice civile il principio della reciprocità rispetto alla condizione degli stranieri, provvide colle sue convenzioni più recenti a togliere ogni traccia del diritto d'albinagio; (3) in Inghilterra alle successioni aperte dopo il 1870 non si applica più il principio che la proprietà immobiliare lasciata da uno straniero appartiene alla corona; (4) la Svezia e Norvegia e la Spagna stipularono coi rispettivi trattati di commercio del 1883 (5) la perfetta e reciproca libertà di ricevere e di trasmettere per i sudditi rispettivi; e qualche traccia di diritto d'albinagio sussiste appena, corretta pur essa dalla giurisprudenza, nei rapporti legislativi fra l'Austria e la Turchia. (6) Fra gli Stati civili può ormai dunque enunciarsi come un principio di diritto comune quello secondo il quale la capacità di trasmettere come quella di ricevere è libera nello straniero da ogni restrizione ostile e vessatoria.

Tuttociò rende sempre più necessario che tale opera liberale si completi determinando uniformemente, rispetto a tali trasmissioni cui non si oppone più ormai il diritto particolare dei singoli Stati, quale legge riconosciuta da tutti come la più competente debba regolarle, tanto nel caso della successione intestata quanto in quello della successione testamentaria. Ricercare con qualche particolarità quanto lo stato attuale del diritto internazionale pri-

(1) V. vol. II, pag. 196. — (2) Hingst, l. c., cap. VII.

(3) Pavlovitsch l. c., pag. 24-27.

(4) V. Alta corte. De Geere c. Stove. *Journal de Dr. Int. Privé* 1883, pag. 192-196. — (5) Art. 23.

(6) V. Vol. II, pag. 203, 4, e Böhm. Handbuch der int. Nachlassbehandlung. Augsburg, Reichel, 1885, pag. 49, 50 e 160.

vato sia lontano ancora da questo fine, esaminando nella pratica delle varie legislazioni l'azione assoluta o composta dei principî diversi cui abbiamo accennato, vedere in quanto le tendenze della società internazionale la portino a cercar di toglier di mezzo quelle occasioni di conflitti, e procurar di formarsi un criterio della probabilità di raggiungere un tale scopo, è il tema di questa parte del nostro studio.

714. — Ed anzitutto è opportuno trattare della successione intestata come di quella che, non solo nello sviluppo storico delle società umane precede quella testamentaria, (1) ma che è sottratta per l'indole propria all'azione della volontà individuale. Nel campo dei rapporti internazionali essa cade pertanto nella sua totalità nel dominio del conflitto delle leggi, ed è rispettivamente regolata, secondo i criteri di diritto internazionale accolti dalle varie leggi particolari, da quei medesimi principî che rispettivamente si riproducono con effetti meno estesi nella determinazione dei limiti posti alla volontà dell'individuo nella successione testamentaria.

Un semplice sguardo alle legislazioni dei vari Stati nei loro rapporti colla successione intestata basta a persuadere che se l'esclusione dei conflitti in questo campo del diritto potrà essere raggiunto ricercando di metter d'accordo i vari Stati intorno a qualche regola di diritto internazionale privato, non potrà mai venir raggiunta inducendoli all'adozione di una legislazione materiale uniforme. Il principio generale della successione nella famiglia in genere e nei discendenti in specie, domina necessariamente tutta la materia, ma tale principio generale si esplica con tante diversità rispetto alle persone chiamate a succedere, alla misura dei loro diritti, ai gradi di parentela oltre i quali questi si estinguono; e quelle diversità si collegano così strettamente dal canto loro colla storia delle varie società e coi loro concetti della moralità pubblica e privata, che un'uniformità di diritto apparisce in tale materia come assolutamente impossibile. Del resto se enti politici federativi come la Svizzera, gli Stati Uniti e la Germania hanno continuato finora a lasciar sussistere diversi diritti successorî nei diversi Stati che li compongono, e Stati unitari come l'Inghilterra

(1) Holland l. c., pag. 120, Sumner Maine. L'ancien dr. et la coutume primitive, cap. 3 e 4. Nelson. Haled's Laws nell' « Indian usage and judge made law in Madras », pag. 110, London, Kegan, 1887.

lasciano sussistere diverse consuetudini di successione nell'interno del proprio territorio; qual motivo potrebbe indurli a cooperare nei rapporti internazionali ad una uniformità di diritto che non hanno ancora proclamata nemmeno nell'interno dei propri confini?

Piuttosto che far pensare alla possibilità di un regolamento materiale uniforme delle successioni, il diritto particolare di alcuni Stati che, come l'Inghilterra, regolano diversamente anche nelle loro leggi interne la successione negli immobili da quella nei mobili, induce a supporre ch'essi siano ancora tanto lontani dal concetto unitario della successione accolto nel nostro diritto, da non lasciarsi indurre nemmeno a ricercare insieme cogli altri Stati qualche regola comune di diritto internazionale privato, che abbia per iscopo di instaurare nelle relazioni internazionali, pur rimanendo diversi i diritti materiali dei vari paesi, quella unità di successione appunto ch'essi trascurarono finora nel proprio stesso territorio.

715. — Le difformità di legislazioni che rendono una utopia l'aspirazione ad un diritto uniforme in tale argomento, appariscono anzitutto nel regolamento dei diritti successori di coloro che secondo le leggi di tutti i paesi son chiamati alla successione intestata con preferenza ad ogni altro parente; cioè dei discendenti e specialmente di quelli legittimi. Rispetto a questi le disposizioni più corrispondenti al retto concetto della famiglia trovansi sancite nel nostro codice, il quale stabilisce (1) che al padre, alla madre e ad ogni altro ascendente, succedono i figli legittimi o i loro discendenti senza distinzione di sesso e quantunque nati da matrimoni diversi; intendendosi per figli legittimi anche i legittimati, gli adottivi ed i loro discendenti. (2) Le stesse disposizioni sono sancite dal codice francese (3) colla esplicita esclusione di tutte le distinzioni di primogenitura, che in ogni modo risulterebbe implicitamente del resto come nel codice italiano dal secondo alinea del medesimo articolo; imitato in ciò dal codice portoghese (4) che però dando la definizione del significato che debba attribuirsi alle parole *figli legittimi*, vi comprende i legittimati per susseguente matrimonio, ma non fa parola degli adottivi. Il diritto spagnuolo chiama alla successione intestata per capi, i figli legittimi o legittimati per

(1) Art. 736. — (2) Art. 737.
(3) Art. 745. 350. — (4) Art. 1985-89.

susseguente matrimonio e non esclude del tutto da quella i figli adottivi. Questi erano chiamati espressamente alla successione dalle *Partidas*; la *Recopilacion* modificò i loro diritti solo in quanto concesse agli ascendenti di prevalere nella successione dei loro discendenti su chiunque non sia discendente legittimo di quelli e perciò anche sui figli adottivi i quali dal canto loro prevalgono pertanto sui soli collaterali. La legge del 9 maggio 1835 che determina in quali casi le successioni vadano attribuite allo Stato, passa sotto silenzio i figli adottivi; ma dichiara di non provvedere se non per i casi in cui il defunto non lasci successori secondo le leggi in vigore; sicchè l'opinione di chi volesse inferirne l'esclusione dei figli adottivi da ogni diritto sulla successione, non potrebbe validamente difendersi e fu condannata anche da una sentenza del tribunale supremo del 3 Marzo 1868. (1)

In tutti questi sistemi legislativi sono accolti due principî importantissimi: l'eguaglianza fra i discendenti dei due sessi, e lo stesso ordine di successione applicato ai beni mobili ed a quelli immobili, che finirono per prevalere come massime di diritto comune anche nei paesi tedeschi. Nella Prussia orientale ed occidentale in quasi tutta la Pomerania, nel Brandeburgo, Posen, Slesia, Sassonia prussiana, Westfalia ed alcuni distretti della Baviera dove vige il Landrecht prussiano, i primi chiamati esclusivamente alla successione sono i discendenti del defunto senza distinzione di grado, concorrendo, come secondo il nostro diritto, per stirpi i più lontani. Nell'Alsazia Lorena, nella massima parte delle provincie renane, nel palatinato, nell'Asia renana, nel principato di Birkenfeld e nel Baden vigono le norme del diritto francese; nel resto della Germania ad eccezione del regno di Sassonia vige nel modo più completo il principio romano della eguaglianza fra i discendenti, cui corrispondono le disposizioni del codice sassone del 1865 (2) e del codice olandese. (3) Il codice austriaco (4) chiama alla successione i figli per capi ed i discendenti più remoti per stirpi, (5) ammette

(1) Lehr, *Dr. civ. Esp.*, pag. 462.

(2) Reuling und Löwenfeld. Die Rechtsverfolgung im int. Verkehr, Leipzig. Veit. 1887, pag. 42, 3, 4, 45, 7.

(3) Art. 899, 908. — (4) § 732, 755, 763.

(5) V. *Annuaire de leg. etr.* 1886, pag. 276-7: legge ungherese del 15 Giugno 1885 che abolisce l'istituzione della comunità domestica nel confine militare ungherese.

i figli adottivi agli stessi diritti che competono a quelli legittimi, ed intende per figli tutti i discendenti senza distinzione di sesso; ed anche in Turchia le leggi sul regime successorio del 1858 e del 1875 dispongono che al decesso del possessore, maschio o femmina, i beni da lui posseduti passino in parti eguali ai suoi figli dei due sessi che formano la prima delle otto classi chiamate a raccogliere la successione. (1) Ma benchè tali principii di equità e di eguaglianza siansi andati nei nostri tempi sempre più diffondendo pur sono ben lungi ancora dall'essere accolti dovunque.

La tendenza a raggiungere questo fine si manifestò, come un effetto dell'indole democratica della costituzione, negli Stati Uniti d'America. Alcuni Stati, come la Carolina del Nord, quella del Sud, la Luigiana, il Texas ed il Nuovo Messico espressamente abolirono in ogni caso la primogenitura, e l'ineguaglianza derivante dal sesso fu condannata da alcune legislazioni come da quelle della Carolina del Nord, della Luigiana, della California e del Tennessee, l'ultima delle quali dispone che « assoluta eguaglianza sarà osservata nella divisione dei beni di chi sarà morto senza testamento »; (2) ma in realtà il principio della divisione fra i figli legittimi in parti eguali impera in tutti gli Stati senza eccezione così per i beni personali come per quelli reali. (3)

716. — In Russia devono considerarsi anzitutto i modi eccezionali di successione conservati per i beni interdetti e per i maggioraschi. Questi sono colpiti da inalienabilità in virtù dell'atto costitutivo e trasmissibili per eredità secondo certe regole speciali, fra le quali è notevole quella della indivisibilità; sicchè quando a raccogliere uno di quei beni vengono chiamati i discendenti, fra questi il più anziano del sesso maschile avrà la preferenza sugli altri. (4) Al contrario nelle successioni normali il diritto russo riconosce eguaglianza fra i vari figli maschi, ma le figlie ed i loro discendenti non sono ammessi interamente alla successione se non in mancanza di figli o di discendenti da questi, e concorrendo con loro devono limitarsi a prelevare una quattordicesima parte degli immobili ed un ottavo dei mobili. Se poi al decesso del *de cujus*

(1) Rougon. Du régime de la proprieté immobilière en Turquie, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 63, 4.

(2) Stimson, l. c., pag. 98, 402, ed Hittel, l. c., pag. 422.

(3) Stimson, pag. 390.

(4) Lehr, *Dr. Civ. Russ.*, pag. 441-7.

le figlie fossero così numerose che la parte legale di ciascheduna, così quanto ai mobili come quanto agli immobili, superasse quella di ciascuno dei figli, la successione sarebbe divisa fra discendenti in parti eguali senza distinzione di sesso, e si applicherebbe in via eccezionale quel principio di eguaglianza che invece in Polonia fu conservato dalla legge del 1825 come regola generale. In Livonia si ha riguardo così al sesso come all' indole dei beni: se vi sono o soltanto figli o soltanto figlie, tutta l'eredità si divide fra loro in parti eguali; se invece esistono discendenti dell'uno e dell'altro sesso, ogni figlio preleva sugli immobili una parte doppia di quella di ciascuna figlia; e quanto resta vien diviso per capi; in Estonia tale privilegio dei figli maschi è limitato ai beni paterni; in Curlandia infine la distinzione dei sessi non produce differenza nei diritti ereditarì dei discendenti se non nei riguardi della nobiltà, fra la quale la parte dei figli nella successione paterna è tripla di quella delle figlie.

All' origine ed all' indole dei beni ed al sesso dei discendenti vien pure riconosciuta notevole influenza nel diritto inglese, facendo sì che la successione intestata, regolata diversamente nei riguardi delle varie specie di beni, non possa assumere quel carattere di unità e di continuazione della personalità giuridica del defunto che noi, quando la consideriamo, siamo abituati ad attribuirle. Rispetto agli immobili i primi chiamati a raccogliere la eredità sono i discendenti del *purchaser* cioè dell' ultima persona che ha acquistato l' immobile altrimenti che per diritto di eredità *ab intestato* o per restituzione o divisione. Fra i figli, quelli di sesso maschile escludono quelli di sesso femminile qualunque sia l'ordine della nascita; fra figli maschi il maggiore eredita ad esclusione degli altri; le femmine invece, quando giungono, per mancanza di maschi, all' eredità, succedono per capi. La stessa regola, combinata colla rappresentazione, esercita il suo impero nei riguardi dei discendenti appartenenti ai gradi successivi; sicchè i discendenti, a qualunque grado, dal figlio maggiore, qualunque sia il sesso cui appartengono, escludono il figlio minore e la sua discendenza. Sulla successione mobiliare la parte devoluta ai figli è invece divisa fra loro per capi o per stirpi secondo i principì ordinarì della rappresentazione senza verun privilegio dipendente dal sesso o dall' età; il maggiore però non è obbligato ad imputare nella sua quota mobiliare nè in tutto nè in parte il valore della sostanza immobiliare

attribuitagli dalla legge a preferenza degli altri figli. (1) Ma il privilegio dei maschi e del primogenito, limitato alla sostanza immobiliare, andò perdendo l'importanza pratica a mano a mano che la ricchezza mobiliare aumentata di tanto nella Granbrettagna e nei paesi retti dal suo diritto civile, ed è ormai scalzato nell'opinione del paese la quale ne va elaborando quella condanna che ai legislatori inglesi spetterà di formulare. Le regole vigenti in Scozia rispetto alla successione intestata sono identiche a quelle del diritto inglese colla differenza che nel diritto scozzese, al contrario da quest'ultimo, nella denominazione *figli* si comprendono anche i legittimati per susseguente matrimonio. (2)

Molto più rigoroso era il diritto cui ho già accennato (3) vigente nel Montenegro fino alla promulgazione del codice civile, secondo il quale le figlie nulla raccolgono nella eredità paterna quando esistano loro fratelli o discendenti da questi; ed anche quando, in mancanza di questi ultimi motivi, esse raccolgono l'eredità, vien loro sottratta la casa famigliare e le sue adiacenze. (4) Tale preferenza per il sesso maschile si mantenne anche nel codice civile serbo che, pur escludendo (5) fra i maschi ogni diritto di primogenitura, ammette che essi (6) escludano le sorelle cui non ispetta se non un usufrutto, il mantenimento, ed una dote conveniente; ed anche in alcune legislazioni svizzere che, quantunque escludano del tutto le figlie in confronto dei figli, subordinano in parte il diritto di quelle al diritto di questi: come avviene a Soletta, Argovia e Zurigo, dove alle discendenti di sesso femminile spetta una parte minore. (7)

717. — I diritti ereditari dei figli naturali sono molto più diversamente regolati nei vari paesi, e la disformità delle legislazioni a loro riguardo fa ripensare all'osservazione fatta parlando della figliazione (8) che cioè dove il diritto è più rigoroso verso quei discendenti non ammettendo la ricerca della paternità, è per converso più generoso verso quelli riconosciuti dal genitore defunto, spontaneamente o forzatamente nei limiti ristretti ammessi dalla legge, ammettendoli a raccogliere secondo i casi in parte od in tutto la suc-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 692-708.

(2) Lorimer, l. c., pag. 70, 182, 3, 6, 7, 206. — (3) V. pag. 468, 9.

(4) Jovanovich, l. c., pag. 254.

(5) Art. 397. — (6) Art. 396.

(7) Lehr, *Dr. German.* pag. 423. — (8) V. pag. 347. 350.

cessione di lui. Così è del codice italiano che ammette i figli naturali riconosciuti o dichiarati a raccogliere quando concorrano con figli legittimi (1) la metà della quota che loro sarebbe spettata sulla successione del genitore se fossero stati legittimi; che se il genitore muore senza lasciare figli legittimi ma ascendenti o coniuge, i figli naturali succedono nei due terzi dell'eredità, e se lascia ed ascendenti e coniuge, detratto il terzo a favore dei primi ed il quarto a favore del secondo, spetta loro (2) il rimanente dell' eredità; quando poi al genitore (3) non sopravvivano nè discendenti legittimi, nè ascendenti nè il coniuge, i figli naturali sono preferiti a tutti i collaterali e raccolgono interamente l'eredità. I diritti famigliari dei figli naturali restano assolutamente limitati soltanto in ciò: che non ispetta loro alcun diritto sui beni dei congiunti del padre e della madre, come non ne spetta a quei congiunti sui loro beni. (4) Restano inoltre sempre esclusi da quelle disposizioni i figli di cui la legge non ammette il riconoscimento, i quali, soltanto quando la paternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale, o dipenda da un matrimonio dichiarato nullo, o risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori, hanno diritto agli alimenti. (5)

Secondo il codice portoghese i figli naturali concorrono nelle proporzioni di due terzi della legittima coi figli legittimi o legittimati, ed in mancanza di questi raccolgano tutta la successione. (6) Il codice francese, contraddicendo alla legge votata dalla convenzione nel 1793 che equiparava i figli naturali a quelli legittimi, comincia col negare (7) a quelli in genere in qualità di eredi, e limita i diritti di quelli legalmente riconosciuti, accordando loro un terzo della porzione ereditaria cui avrebbero potuto pretendere se fossero nati da giuste nozze, quando concorrano con figli legittimi; metà di quella porzione quando il genitore defunto lasci soltanto ascendenti o fratelli o sorelle; e tre quarti quando lasci altri collaterali nei gradi successibili; soltanto quando il padre o la madre non lasci parenti in grado successibile, essi hanno diritto alla totalità dei beni; (8) sicchè mentre secondo la legge italiana il diritto dei figli naturali è preferito a quello di tutti i collaterali, nel di-

(1) Art. 744. — (2) Art. 745. — (3) Art. 747. — (4) Art. 749.
(5) Art. 193, 752. — (6) Art. 1785, 1990. — (7) Art. 756.
(8) Art. 757, 8, ed art. 899-908 del cod. civ. neerlandese.

ritto francese, belga ed olandese esso non è pienamente riconosciuto se non quando nessun collaterale esista nei gradi ammessi dalla legge alla successione.

Nel diritto spagnuolo i figli naturali non hanno diritto alla successione intestata se non in mancanza di figli legittimi; in tal caso quelli raccolgono l'eredità della madre anche a preferenza degli ascendenti di questa; e dell'eredità del padre raccolgono una sesta parte, non potendo pretenderne la totalità se non in mancanza di discendenti, d'ascendenti e di collaterali entro il quarto grado. (1) In Russia il codice passa del tutto sotto silenzio i figli legittimi e non accorda loro alcun diritto alla successione intestata dei genitori; ma il rigore della legge, vigente in realtà quanto alla classe nobiliare ed a quella dei mercanti, è corretto dalle consuetudini nazionali per quanto riguarda la borghesia e la classe agricola, che è quanto dire per cinque sesti della popolazione dell'impero. Nella borghesia il figlio naturale può venire per autorità del padre aggregato alla famiglia acquistandovi così quasi tutti i diritti dei discendenti legittimi; e nelle campagne il figlio naturale che sia rimasto nella casa del proprio padre e vi abbia lavorato come un membro attivo della famiglia, riceve la propria parte al momento della liquidazione come se fosse nato da giuste nozze. (2)

Secondo la legge delle Provincie Baltiche invece, quella differenza di misura notata nella legge spagnuola circa i diritti spettanti agli illegittimi sui beni del padre in confronto che su quelli della madre, diventa una differenza assoluta nel regolamento di tutte le loro pretese successorie. Essi vi succedono alla madre e ai parenti di questa come se fossero nati da legittimo matrimonio, ma non hanno alcun diritto alla successione paterna. (3) È questa la regola prevalente nelle leggi d'origine germanica fra le quali quella inglese è trascorsa all'estremo opposto al sistema italiano negando al figlio naturale ogni diritto sulla successione intestata così dell'uno come dell'altro dei suoi genitori; questi godono di una grande libertà rispetto alle disposizioni che possano intendere di fare a loro favore, ma quando tali disposizioni manchino, i figli naturali nulla possono pretendere sulla loro sostanza, (4) come

(1) Lehr, *Dr. Civ. Esp.* pag. 460-2.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Rus.*, pag. 431, 2. — (3) Lehr, l. c., pag. 433.
(4) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 125, 690, 1, 692-706.

nel caso di un figlio illegittimo che muoja intestato senza lasciare proprî eredi legittimi, la corona entra in possesso dei suoi beni a preferenza dei suoi parenti naturali.

Negli Stati Uniti lo sfavore degli illegittimi non è così assoluto nemmeno nei riguardi del padre ed è largamente temperato in quelli della madre. Nella Luigiana essi ereditano dal padre che non abbia lasciato nè parenti nè vedova; nell'Indiana se taluno muore intestato senza eredi residenti agli Stati Uniti al momento della sua morte od eredi legittimi capaci di ereditare fuori degli Stati Uniti, le sue proprietà reali e personali passano agli illegittimi riconosciuti residenti nell'Unione; nel Nuovo Messico, quando manchino figli legittimi, quelli naturali ereditano dal padre a preferenza degli ascendenti, e nell'Jowa essi ereditano purchè la loro figliazione sia stata riconosciuta durante la vita di lui. Rispetto alla madre pochi Stati subordinano il diritto ereditario degli illegittimi alla mancanza di discendenza legittima; così è a Nuova York e nella Carolina del Nord per ogni proprietà e nella Nuova Jersey anche per quella personale; ma nella maggior parte degli Stati essi ereditano senza distinzione come i figli legittimi, ed in alcuni rappresentano la madre anche nelle successioni dei parenti di lei. (1)

Tale distinzione fra la successione paterna e quella materna è prevalente nei diritti germanici, quantunque non tutti vi si attengano in modo assoluto nel senso di negare loro del tutto sull'una i diritti riconosciuti sull'altra. Secondo il diritto prussiano essi ereditano dalla madre come se fossero legittimi; dalla eredità del padre sono esclusi a favore dei discendenti legittimi, ma quando questi facciano difetto essi raccolgono una sesta parte della successione purchè la paternità risulti o da una pubblica dichiarazione del *de cujus* o da una sentenza pronunciata durante la sua vita; se uno stesso padre in tali condizioni lascia più figli naturali questi partecipano per capi alla divisione della sesta parte. Le stesse norme vigono anche in molti distretti dei paesi governati dal diritto comune, ma in altri fra questi e nel regno di Sassonia non compete ai figli illegittimi verun diritto sulla successione paterna; tale esclusione è pure conservata dal diritto austriaco, (2) e, subordinatamente all'esistenza

(1) Stimson, l. c., pag. 348, 408-410.

(2) Reuling und Loewenfeld, Die Rechtsverfolgung ecc., pag. 42, 46 e codice austr., § 754.

di discendenti legittimi, nelle leggi di vari cantoni tedeschi della Svizzera. (1) I diritti scandinavi si distinguono fra loro in ciò che in Svezia i figli naturali non succedono di regola nè al padre nè alla madre e raccolgono l'eredità di questa solo eccezionalmente quando essa li abbia fatti iscrivere come propri figli nei registri della parrocchia e non abbia lasciato figli legittimi; in Danimarca ed in Norvegia al contrario essi succedono alla madre ed ai parenti materni come se fossero legittimi, ma non al padre nè ai parenti paterni ad eccezione del caso in cui i genitori avessero prima della loro nascita manifestata l'intenzione di contrarre matrimonio facendone fare le pubblicazioni od ottenendone la dispensa, e la celebrazione del matrimonio fosse stata resa impossibile dalla morte del padre o da un ostacolo di fatto non imputabile ad esso e durato fino alla sua morte. (2)

718. — Rispetto al riconoscimento d'un diritto degli ascendenti a concorrere in genere nella successione, non v'è un divario così assoluto come rispetto a quello dei figli naturali; ma la diversità delle leggi riguarda piuttosto l'ordine nel quale, in confronto degli altri parenti, sono chiamati alla eredità. In Italia i genitori succedono a chi non lasci discendenti; ma quando il figlio, defunto in tali condizioni, lasci fratelli o sorelle, i genitori concorrono con questi in modo però che la loro parte non sia mai inferiore ad un terzo; se il defunto non lascia nè fratelli nè sorelle nè discendenti da questi, gli ascendenti succedono interamente, per metà nella linea paterna e per metà in quella materna. (3) Il diritto francese differisce dal nostro in ciò che, concorrendo i genitori con fratelli o sorelle del defunto o loro discendenti, essi raccolgono una metà della successione, e che gli ascendenti succedono, ad esclusione di ogni altro, nelle cose da essi donate ai loro figli o discendenti morti senza prole allorchè gli oggetti donati si ritrovino in natura nell'eredità, riscuotendo essi, nel caso che fossero stati alienati quegli oggetti, il prezzo che ne fosse ancora dovuto. (4) Tanto nell'uno quanto nell'altro diritto poi, quando la successione spetta agli ascendenti essa vien devoluta per metà alla linea paterna e per metà

(1) Lehr, *Dr. Germ.*, pag. 421 e n.

(2) Beauchet, *Jurisprud. Norvégienne, Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 648, 649.

(3) Art. 738-740. — (4) Art. 747. 8.

a quella materna senza aver riguardo alla origine dei beni. Anche nel diritto olandese i genitori concorrono coi fratelli ed i loro discendenti. Nel diritto austriaco (1) i genitori del defunto, quando entrambi gli sopravvivono, ricevono l'intera eredità ad esclusione di tutti i collaterali, ma quando uno di essi fosse premorto, concorrono per metà i discendenti di questo. Nei paesi tedeschi retti secondo il diritto comune gli ascendenti pure concorrono coi fratelli del defunto ed i figli di questi dividendo coi primi per capi la successione del loro figlio defunto. (2) In Turchia il padre e la madre precedono nella successione (3) i fratelli del defunto e tale preferenza sui fratelli è pur accordata dal diritto portoghese (4) e da quello spagnuolo (5) non solo ai genitori ma a tutti gli altri ascendenti. Nel diritto consuetudinario di buona parte dell'India gli ascendenti sono chiamati dopo i discendenti, i figli adottivi e loro discendenti, la vedova, le figlie, ed i loro figli. (6) Secondo il diritto prussiano invece i genitori formano la seconda classe di eredi precedendo così i fratelli ed i discendenti di questi, ma gli ascendenti più lontani vengono in quarto luogo (7) a differenza del diritto sassone nel quale gli ascendenti di ogni grado precedono ed escludono i collaterali.

Secondo il codice russo, sono questi ultimi che escludono i genitori e gli altri ascendenti, anzi il padre e la madre, quando concorrano fratelli, non formano una vera classe di eredi, limitandosi i loro diritti all'usufrutto dei beni acquistati dai loro figli morti senza discendenti, ed a ricuperare i beni patrimoniali che da loro erano stati trasmessi al defunto per atto tra vivi; ma essi succedono negli acquisti del defunto soltanto quando questo non abbia lasciato nè discendenti nè fratelli o sorelle germani, consanguinei od uterini, nè discendenti da questi. (8) Tuttociò non vige nelle Provincie Baltiche dove, in Livonia il padre e la madre in concorso con fratelli e sorelle dividono per capi, e son rappresentati dagli ascendenti più remoti; in Estonia gli ascendenti escludono tutti i collaterali; ed in Curlandia concorrendo con fratelli

(1) § 735. — (2) Reuling. pag. 45.
(3) Journal 1886, pag. 63, 4. — (4) Cod. port., art. 1993-9.
(5) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag, 463. 4.
(6) Nelson, *Indian usage*, pag. 110, 1.
(7) Reuling. l. c., pag. 37, 42.
(8) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 407, 418-420.

o sorelle germane, essi ricevono una metà della successione e la dividono fra loro per capi.

In Inghilterra quando si tratta di successione negli immobili, succedono, in mancanza di discendenti, il padre e gli ascendenti paterni e la loro posterità escludendo le ascendenti paterne e la loro posterità; queste alla loro volta escludono la madre, gli ascendenti materni e la loro posterità; la madre non eredita se non quando manchi ogni parente dal lato paterno; gli ascendenti di lei e la loro posterità escludono le sue ascendenti e la loro posterità. Della sostanza mobiliare invece, quando manchino discendenti, una metà spetta al padre del defunto se con quello concorre la vedova superstite, ed in caso contrario il padre la raccoglie per intero; che se il padre fosse premorto allora eredita la madre ma non già, come quello, ad esclusione dei collaterali, bensì concorrendo per capi coi fratelli e le sorelle del defunto e raccogliendola per intero solo in mancanza di questi o di loro discendenti. (1) Secondo il diritto scozzese quando si tratta di *heritage* e mancano discendenti e collaterali, i beni non vengono mai attribuiti alla madre ed ai parenti di lei e gli stessi beni materni, una volta posseduti dal figlio o dalla figlia di lei, non ritornano più nella linea materna; rispetto ai mobili invece quando il defunto non abbia lasciato discendenti, il padre avrà diritto alla metà dei beni in concorso coi fratelli di lui, la madre soltanto ad un terzo. (2)

In Spagna i fratelli del defunto son chiamati alla successione soltanto quando manchino discendenti ed ascendenti; i fratelli e le sorelle germani precedono quelli consanguinei ed uterini che succedono solo in difetto di quelli, i primi nei beni paterni ed i secondi in quelli materni; (3) il codice portoghese invece dopo aver pure chiamato i fratelli soltanto in mancanza di discendenti e di ascendenti, dispone (4) che i germani non escludono i consanguinei e gli uterini, ma ricevono una parte doppia di quella attribuita a questi ultimi. Lo stesso dispone circa l'attribuzione delle parti in tali condizioni il codice sassone che pure preferisce i genitori e gli altri ascendenti ai fratelli del defunto. (5) Nel diritto prussiano invece i fratelli germani ed i loro discendenti vengono dopo i ge-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 696-700 e 704-706.
(2) Lorimer, l. c., pag. 188, 9, 206, 7.
(3) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 464, 5. — (4) Art. 2000-3.
(5) Reuling, Die Rechtsverfolgung, pag. 47.

nitori, e precedono gli altri discendenti del defunto, ma i fratelli consanguinei ed uterini concorrono con questi ultimi ricevendo metà della successione; (1) così è secondo il codice austriaco il quale dispone (2) che quando entrambi i genitori siano viventi ricevono tutta l'eredità; quando uno di loro sia morto la metà a lui spettante vada ai fratelli del defunto ed ai loro discendenti, e quando entrambi siano morti a quelli vada tutta l'eredità a preferenza degli avi.

719. — In Italia come in Francia (3) nè i genitori escludono i fratelli, nè questi quelli; gli uni e gli altri concorrono per capi in modo però che la parte dei primi non sia inferiore ad un terzo; ed i fratelli e sorelle consanguinei od uterini non restano esclusi dai germani, ma percepiscono la metà di quella che sarebbe loro spettata se fossero tali. Cogli altri ascendenti i fratelli concorrono nello stesso modo che coi genitori; in mancanza degli uni e degli altri essi raccolgono l'intera eredità. (4) Secondo il diritto comune tedesco i fratelli germani ed i loro discendenti concorrono cogli ascendenti del defunto pure senza distinzione fra genitori ed avi e dividendo con quelli per capi; i fratelli consanguinei od uterini però non concorrono con quelli germani, ma formano una terza classe di eredi chiamati in mancanza di quelli e degli ascendenti; (5) invece secondo il diritto olandese (6) i fratelli dell'una e dell'altra specie concorrono coi genitori, ma sono preferiti agli altri ascendenti. Il diritto scozzese, quando si tratti di beni immobili, preferisce in modo esclusivo i fratelli al genitore, mantenendo anche fra loro i privilegi notati nella successione dei figli; i fratelli di una donna le succedono a preferenza delle sorelle di lei, e mentre, sopravvivendo più fratelli, uno di loro raccoglie tutta l'eredità, sopravvivendo sorelle queste succedono per capi; inoltre i consanguinei succedono in mancanza di germani; gli uterini sono esclusi. Rispetto ai mobili invece i fratelli concorrono per metà col padre, e, se questo manca, per un terzo colla madre; i germani conservano la precedenza sui consanguinei e sugli uterini, ma, per quanto riguarda questi ultimi, essi possono ormai raccogliere, in mancanza di quelli e di loro discendenti, una metà della sostanza mobiliare. (7)

(1) Reuling, l. c., pag. 42. — (2) §§ 735-8.
(3) Codice civ. fr., art. 739-749. — (4) Cod. civ. it., art. 738-741.
(5) Reuling, l. c., pag. 45, 6. — (6) Art. 899-908.
(7) Lorimer, pag. 188, 206, 7.

Sugli immobili situati in Inghilterra, in mancanza di figli e del padre del defunto, succedono i fratelli germani in ordine di primogenitura, poi le sorelle germane per capi, e poi i fratelli e le sorelle consanguinei i quali tutti hanno la precedenza sugli altri ascendenti. Quanto ai mobili i fratelli cedono al padre, ma concorrono colla madre senza distinzione fra germani ed unilaterali, e precedono gli altri ascendenti. (1)

Il diritto russo preferisce i fratelli agli ascendenti ma fra quelli preferisce i fratelli ed i loro discendenti alle sorelle ed ai discendenti di queste; i fratelli germani e dopo di loro le sorelle germane sono preferiti ai fratelli ed alle sorelle consanguinee ed uterine ed anche fra questi ultimi si riproduce la stessa preferenza causata dalla diversità del sesso; inoltre si ha riguardo alla provenienza dei beni escludendo in gran parte i fratelli consanguinei dai beni provenienti dalla madre e gli uterini da quelli provenienti dal padre del defunto. Anche in Estonia il titolo dei fratelli e delle sorelle uterine o consanguinee è subordinato a quello dei germani, e questi pure sono chiamati all'eredità dopo degli ascendenti; mentre in Curlandia i fratelli e le sorelle germane, concorrendo con ascendenti dividono con questi per metà la successione. (2)

I diritti vigenti negli Stati Uniti variano notevolmente anche in questo come in altri argomenti; mentre in mancanza di discendenti nel Nuovo Hampshire, il Maine, Vermont, Rhode Island, Nuova York, Minnesota, Nebraska, Virginia, Virginia occidentale, Arkansas, Oregon, Nevada, Colorado, Dakota, Idaho, Montana, Florida, Arizona, si preferisce il padre del defunto ai fratelli di questo, e nel Massachussetts, Michigan, Wisconsin, Jowa, Kansas, Kentucky, Texas, California, Washington, Utah, Nuovo Messico, si preferiscono loro in egual modo entrambi i genitori, e nell'Utah e nella Pennsylvania la madre del defunto anche da sola è preferita ai fratelli di lui rispetto a tutta la sostanza, nel Connecticut, nella Nuova Jersey, Ohio, Maryland, Delaware, Tennessee, Alabama e Mississipì, i fratelli e sorelle germani e loro discendenti sono preferiti ai genitori, e nell'Illinois, Missurì, Wyoming, Carolina del Sud e Georgia i fratelli concorrono coi genitori del defunto. (3)

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 698, 9 e 701-6.

(2) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 414-8. — (3) Stimson, l. c., pag. 393.

720. — Il regolamento dei diritti successori dei collaterali più lontani presenta varietà per diversi rispetti importanti non solo in quanto si riferisce alla graduazione secondo la quale sono chiamati alla successione, ma anche al riconoscimento stesso dei loro diritti oltre un determinato grado di parentela. Quest'ultimo punto è tanto più caratteristico dei sistemi rispettivamente accolti nei varî paesi inquantochè il modo di regolarlo si collega intieramente col concetto stesso della proprietà. Laddove l'elemento individuale di questa si combina ancora specialmente coll'elemento famigliare tanto minori limiti sono posti ai diritti successori dei collaterali; laddove invece il primo di quelli elementi si combina coll'elemento sociale, la legge è progressivamente indotta a determinare un punto sempre meno remoto dal ceppo comune fra il defunto e chi pretende succedergli, ed imporre al di là di quel punto a quest'ultimo di desistere da ogni pretesa sulla successiene di quello. L'esistenza più o meno frequente della successione vacante, e la linea di demarcazione fra questa e la successione intestata, sono determinate appunto dalla risultante ottenuta nei singoli Stati dall'attrito fra gli elementi individuale, famigliare e sociale della proprietà.

Il primo ed il secondo elemento hanno la prevalenza nel diritto inglese; dopo i fratelli, l'avo, i fratelli del padre ed i loro discendenti, il bisavolo, i fratelli dell'avo ed i loro discendenti, la moglie del più remoto ascendente paterno, la posterità da lei avuta da un altro matrimonio, il padre di lei, i suoi fratelli e le sue sorelle, e la madre di lei, si passa alla moglie dell'ascendente più prossimo di un grado, alla parentela di lei e così di seguito, discendendo ogni volta, in mancanza di parentela d'una di queste ascendenti paterne alla moglie dell'ascendente più prossimo del *purchaser* cioè dell'ultimo individuo che acquistò l'immobile diversamente che per eredità *ab intestato* o per ritorno o divisione, ed alla famiglia di quella, arrivando fino all'ava materna del *purchaser*. Se manca ogni erede in tutte queste categorie che comprendono tutta quanta la linea paterna, la successione è attribuita alla linea materna comprendendo la madre del *purchaser*, i fratelli e le sorelle uterine ed i loro discendenti, il padre della madre e così di seguito, risalendo nella linea paterna della madre fino ad estinzione. Che se anche nella linea materna mancano del tutto i parenti del *purchaser*, i beni passano alla famiglia dell'ultimo possessore appartenente all'altra linea.

Nei beni mobili quando mancano genitori, fratelli e sorelle, la successione appartiene agli ascendenti ed ai collaterali più prossimi in grado senza limitazione di gradi e colla sola condizione di poter giustificare la parentela che accampano. (1) Così pure in Iscozia la parentela, sia che derivi dai rapporti originari fra fratelli germani, sia fra fratelli unilaterali, è calcolata come fonte di diritto finchè si può darne la prova. (2)

Il codice russo segue principî analoghi; il diritto di successione dei collaterali non è limitato ad un certo numero di linee; ma, secondo l'articolo 1111, tutti i membri di una famiglia sono ammessi a far valere i propri diritti ereditari seguendo l'ordine legale fino alla completa estinzione così della linea maschile come di quella femminile; nella stessa linea il parente più prossimo esclude il più remoto salvo il beneficio della rappresentazione, e nella attribuzione dei beni si ha riguardo alla loro provenienza, sicchè i collaterali della linea paterna e di quella materna, raccolgono rispettivamente i beni patrimoniali provenienti dalla linea alla quale appartengono. Nelle Provincie Baltiche il diritto dei collaterali anche remoti è del pari illimitato, ma dell'origine dei beni non si tien conto nell'Estonia se non in ciò che i collaterali appartenenti alla linea da cui provengono certi beni patrimoniali hanno diritto di farseli attribuire in natura salvo una ricompensa adeguata in danaro da darsi da loro agli altri aventi diritto. (3) Tale illimitato diritto dei collaterali alla successione è pure riconosciuto negli Stati Uniti d'America (4) senza che si faccia in molti di questi distinzione d'origine dipendente da fratellanza germana o consanguinea. Nel diritto prussiano quando manchino ascendenti, fratelli o discendenti da questi, i collaterali più lontani sono chiamati alla successione secondo la prossimità del grado senza distinzione fra la parentela piena o meno piena; (5) di questa invece è tenuto conto nel diritto sassone attribuendo alla parentela piena una quota doppia.

721. — Secondo il diritto austriaco l'ultima linea chiamata alla successione è quella rappresentata dai bisarcavoli e bisarcavole del defunto e dai loro discendenti; essendovi consanguinei viventi in

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 689-708. — (2) Lorimer, l. c.

(3) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 422, 3.

(4) Stimson, l. c., pag. 399, 400.

(5) Reuling, l. c., pag. 42, 3.

ciascuna delle stirpi derivanti da questa linea, l'eredità si divide in tante parti eguali quante sono le stirpi, e ciascuna di queste parti si divide fra i consanguinei appartenenti alla stirpe rispettiva; se non fossero più in vita consanguinei di taluna di queste stirpi, le loro parti si devolverebbero a quelle che si trovano in più prossima congiunzione di origine colle stirpi estinte; quando non siano superstiti se non consanguinei di una sola stirpe, compete ad essi tutta l'eredità; quando poi non esistano consanguinei del defunto in alcuna stirpe della linea ora accennata, i collaterali più remoti restano esclusi dall'eredità. (1) La legge francese e quella olandese, quando il defunto non lasci nè ascendenti nè discendenti, attribuiscono la successione ai collaterali, ma il diritto di questi si estingue oltre il dodicesimo grado; (2) il codice italiano invece (3) limita al decimo grado il diritto dei congiunti alla successione e così avviene anche secondo il codice portoghese. (4) Il diritto spagnuolo in mancanza di fratelli, sorelle o loro discendenti chiama gli zii e le zie, i cugini ed i figli naturali riconosciuti dal padre del defunto, e poi, se questo non lascia sopravvivente il proprio coniuge, gli altri collaterali dal quinto al decimo grado (5) Il minimo dei diritti dei collaterali è riconosciuto dalle leggi turche che, quando manchino discendenti, ascendenti, fratelli, sorelle e coniuge del defunto, attribuiscono i beni immobili di lui allo Stato. (6)

722. — Rispetto al coniuge sopravvivente, si riscontrano nelle varie leggi le maggiori disformità di disposizioni; mentre talune gli riconoscono diritti sulla successione del coniuge defunto in confronto di ogni classe di eredi legittimi, altre lo escludono a favore di tutti e dello stesso Stato, altre lo preferiscono soltanto ai congiunti più remoti, o gli riconoscono sempre od in alcuni casi un diritto di usufrutto invece d'un vero diritto successorio. Nel diritto turco il coniuge viene ultimo fra gli eredi ed è escluso non solo dai discendenti e dagli ascendenti, ma anche dai fratelli germani, consanguinei ed uterini; (7) nel diritto francese esso trovasi in analoga condizione temperata alquanto praticamente dal regime matrimoniale della comunione limitata dai beni; esso succede al

(1) Cod. c. austr., § 748-750.
(2) C. c. fr., art. 755, e cod. oland. art. 899-908.
(3) C. c. ital., art. 742. — (4) Art. 2004.
(5) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 464, 5.
(6) Rougon, l. c., pag. 63, 4. — (7) Rougon, l. c., pag. 63.

coniuge defunto quando questo non lasci nè parenti in grado successibile nè figli naturali. (1)

Il Laurent deplora giustamente tale trascuranza dei diritti del coniuge che nella compilazione del codice pare risultata da un equivoco; (2) certo essa è in contraddizione con quei principî che fecero prescegliere nello stesso paese come regime legale dei beni fra coniugi la comunione limitata; e tanto maggiore sembra la contraddizione risultante dall'adozione di un simile sistema in Olanda dove il regime legale dei beni fra coniugi è quello della comunione universale. (3)

In Inghilterra bisogna distinguere i diritti del marito superstite alla moglie da quelli di questa superstite a quello, ed i diritti relativi ai mobili da quelli relativi agli immobili. Quando non siano stati regolati per contratto di matrimonio i diritti del marito sui beni della moglie, il vedovo il quale abbia avuto da lei prole che avrebbe potuto ereditarne i beni immobili, ha l'usufrutto vitalizio di questi, e prende possesso della sua sostanza mobiliare come amministratore di diritto. La moglie sopravvivente ha un diritto di usufrutto su parte degli immobili lasciati dal marito; sui mobili essa ha diritto ad un terzo in proprietà se concorre con discendenti, e se concorre con ascendenti o collaterali alla metà. (4) In Scozia il diritto del coniuge che abbia avuto un figlio, sugli immobili dell'altro coniuge è dell'usufrutto del terzo; sui mobili la moglie ha diritto alla proprietà del terzo se esistono e della metà se mancano figli. (5)

In Portogallo il coniuge sopravvivente è chiamato all'eredità a preferenza dei collaterali più remoti cioè dopo i fratelli ed i loro discendenti; (6) nel diritto spagnuolo esso viene pure chiamato dopo i collaterali del quarto e prima di quelli del quinto grado, ma inoltre la vedova quando sia povera ha diritto in ogni caso ad una quota della successione rispetto alla determinazione della quale è lasciata molta latitudine all'apprezzamento del giudice. (7) Sono in parte le norme del diritto giustinianeo, vigenti ancora nei

(1) Cod. civ. fr., art. 767.

(2) Laurent, l. c., vol. VI. pag. 431, 2.

(3) Cod. civ. neerland., art. 899–908.

(4) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 104-6 e 705, 6.

(5) Lorimer, pag. 47-9. — (6) C. c. port., art. 2003, 4.

(7) Lehr, *Dr. Civ. Espagn.*, pag. 461-6.

paesi tedeschi di diritto comune dove il coniuge non viene considerato come erede se non dopo tutti i parenti, ma dove è pur provveduto in ogni caso o con un quarto o con una parte di figlio alla vedova povera. (1) Nel Montenegro, a quanto riferisce il Jovanovich, (2) la donna che perde il marito essendo ancor giovane gode della parte del marito finchè non contragga una nuova unione, e se si rimarita le spettano dieci talleri per anno; è a dubitare però che tale esposizione che non mi fu dato di verificare non sia perfettamente esatta.

Il diritto nostro è dei più liberali riconoscendo al coniuge superstite in ogni caso certi diritti sulla sostanza del coniuge defunto e preferendolo del tutto ai suoi congiunti più remoti. Se concorre con figli legittimi o con figli legittimi e naturali ha diritto all'usufrutto d'una parte di figlio legittimo comprendendo anche il coniuge nel numero dei figli; la sua quota di usufrutto non può mai eccedere però il quarto dell'eredità e può essere soddisfatta o coll'assicurazione di una rendita vitalizia, o coll'assegno dei frutti di beni immobili o di capitali ereditari da determinarsi d'accordo dagli interessati o dall'autorità giudiziaria. (3) Quando il defunto non lasci figli legittimi, ma ascendenti o figli naturali, o fratelli, o sorelle, o loro discendenti, il diritto di usufrutto del coniuge superstite si muta in vero diritto successorio spettando a quello, se concorre ad un tempo con eredi delle due prime specie, la quarta ed in ogni altro caso la terza parte dell'eredità; in confronto di altri parenti entro al sesto grado gli spettano i due terzi, ed in confronto di parenti più remoti, l'eredità tutta intera. (4)

In Russia il coniuge sopravvivente raccoglie, tanto se concorra come se non concorra con discendenti del coniuge defunto un settimo degli immobili ed un quarto dei mobili lasciati da quello; (5) eccezionalmente nei governi di Tchernigof e di Poltava, i diritti del coniuge superstite sono limitati ai beni acquistati dall'altro colla sua collaborazione durante il matrimonio, dei quali percepisce un terzo se vi sono figli e la totalità se non ve ne sono. Nelle successioni dei maomettani le mogli ricevono un ottavo dei beni del marito se questo ha lasciato figli e se non ne lasciò un quarto,

(1) Reuling, l. c., pag. 47. — (2) Jovanovich, l. c. pag. 255.
(3) C. c. ital., art. 753, 819.
(4) Art. 754-6. — (5) C. c. russo, art. 1148

procedendo poi alla divisione per capi. In Polonia il coniuge in concorso con figli ha l'usufrutto d'una parte di figlio, in concorso con parenti fino al quarto grado inclusivamente acquista la proprietà di un quarto della successione, con parenti più lontani ne acquista la metà, ed, in mancanza d'ogni congiunto appartenente ai gradi successibili, l'acquista tutta intera. In Livonia ed in Estonia la moglie sopravvivente che ha od ebbe figli, conserva finchè lo voglia insieme coi figli il godimento di tutti i beni lasciati dal marito, e, quando proceda alla liquidazione, conserva tutto il mobiliare, ed una parte di figlio sugli immobili e sui crediti; se non ebbe figli conserva per un anno e sei settimane il godimento di tutta la sostanza del marito, e dopo conserva una controdote, il mobiliare ed in Estonia anche la metà dei crediti. Il vedovo con uno o più figli eredita tutto il mobiliare compreso il denaro, ed ha l'usufrutto degli immobili fino alla maggiore età dei figli; se questi fanno difetto, esso conserva l'usufrutto degli immobili per un anno e sei settimane. In Curlandia la vedova con figli conserva per un anno l'usufrutto dei beni del marito; se, trascorso quest'anno, i figli sono ancora minori, essa continua nell'usufrutto fino alla loro maggiore età, od alle sue seconde nozze, o finchè voglia porre un fine all'indivisione; in tal caso, se aveva portato una dote essa ha la scelta o di ricuperarla o di abbandonarla per il corrispettivo di una rendita vitalizia corrispondente al doppio della dote; se non aveva portato dote riceve una parte di figlia; se non vi sono figli, dopo un anno di usufrutto, essa riceve la metà dell'attivo netto. Quando è sopravvivente il marito e vi sono figli egli conserva l'usufrutto fino alla loro età maggiore, e al momento della liquidazione percepisce una parte di figlio; se non vi sono figli, egli, dopo un anno di usufrutto, riceve metà della successione in proprietà. (1)

In quelle parti del territorio prussiano in cui vige il regime matrimoniale senza comunità, il coniuge sopravvivente riceve, oltre alla restituzione dei proprî beni, anche un quarto della successione del defunto se concorre con non più di tre figli; una parte di figlio se concorre con un numero maggiore di figli; se concorre con genitori del defunto o con suoi fratelli o discendenti da questi, riceve un terzo; in confronto di altri collaterali fino al sesto grado metà della successione; ed a preferenza di collaterali più lontani riceve

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 424-430.

tutta l'eredità. Nelle provincie di Posen, della Prussia occidentale e di Westfalia, e per i matrimonî non nobili nella Prussia orientale, nonchè in molti circoli della provincia di Pomerania dove vige la unione universale dei beni, il coniuge sopravvivente riceve la metà della sostanza totale come parte propria, e sull'altra metà che rappresenta la successione del defunto, gli compete un diritto ereditario insieme coi discendenti solo in quanto questi siano stati soddisfatti della loro parte nel quale caso esso li sostituisce. Con ascendenti o collaterali il coniuge eredita secondo i principî vigenti nella separazione dei beni, conservando però l'usufrutto della parte spettante a quelli. Nella maggior parte della Marca di Brandeburgo dove vige il sistema della separazione, il coniuge sopravvivente ha la scelta fra l'abbandono della propria quota colla richiesta della metà della sostanza totale, e la rinuncia dell'eredità e la separazione della sua sostanza particolare. (1)

In Austria quando il coniuge superstite concorre con figli, gli compete l'usufrutto vitalizio del quarto se quelli siano in numero minore di tre e di una parte di figlio se quelli siano tre o più; se non vi sono figli ma v'è un altro erede legittimo, il coniuge riceve in proprietà il quarto dell'eredità; ma non la percepisce interamente se non quando manchi ogni altro erede legittimo nei gradi successibili. (2)

Negli Stati Uniti d'America i diritti particolari variano anche in tale argomento. Mentre sulla proprietà reale in alcuni Stati, come la Pennsylvania, alla vedova, ed in altri, come nel Texas, al coniuge vedovo in genere non spetta, concorrendo con figli, se non l'usufrutto vitalizio del terzo; in altri come nella Georgia il coniuge superstite concorre coi figli in parti eguali; nella proprietà personale le leggi della massima parte degli Stati assegnano al coniuge superstite il terzo, (3) altri assegnano alla vedova la metà, (4) altri al vedovo o vedova la metà, (5) altri infine al vedovo tutta la proprietà personale separata della moglie morta intestata. (6)

(1) Reuling, l. c., pag. 43-8.

(2) C. c. austr., art. 757, 8, 9.

(3) Maine, Connecticut, Nuova York, Illinois, Texas.

(4) Indiana, Oregon, Alabama, Florida.

(5) Michigan, Washington.

(6) Rhode Island, Connecticut, Nuova Jersey, Maryland, Delaware, Virginia, Kentucky, Carolina del Nord, Oregon; Stimson, pag. 491, 2.

Quando poi manchino discendenti, il coniuge in alcuni Stati (1) riceve tutta la proprietà reale, in altri (2) tre quarti in concorso coi genitori, in altri (3) la metà; la proprietà personale passa nel maggior numero degli Stati al coniuge sopravvivente in mancanza di figli. In mancanza di genitori o di collaterali prossimi nel Missuri, Texas, California, Nevada, Washington, Dakota, Idaho, Montana, Utah il coniuge è preferito per tutta la sostanza ai collaterali remoti; nella Carolina del Sud, divide con questi per metà; ed in mancanza di questi acquista di regola negli altri tutta l'eredità. (4)

723. — Oltre alle diversità accennate nei diversi diritti successori rispetto alle varie persone chiamate a raccogliere la successione e l'ordine nel quale possono pretenderla, sono da notarsi le divergenze delle legislazioni rispetto all'ammissione d'una presunzione o non presunzione della morte quando questa non sia certa, ed al momento in cui, nella prima ipotesi, si debba presumerla avvenuta. Così nel caso di assenza prolungatasi per sette anni, nella Granbrettagna gli eredi legittimi dell'assente possono ottenere dalla magistratura il godimento delle rendite dei beni di quello; dopo altri sette anni essi possono conseguire la concessione dei mobili e dopo tredici anni dalla attribuzione delle rendite anche quella degli immobili. (5) Secondo il diritto portoghese (6) l'assenza dà luogo nei primi quattro anni, ad una curatela provvisoria; dopo ad una curatela definitiva spettando a chi la esercita le rendite in tutto od in parte secondo i casi; dopo vent'anni o quando, anche prima, siano trascorsi novantacinque anni dalla nascita dell'assente, gl'interessati vengono liberati da ogni obbligo di cauzione e possono disporre liberamente dei beni; e trascorsi altri dieci anni questi sono liberati da ogni pretesa che potessero accamparvi eventuali discendenti dell'assente. Il diritto spagnuolo non presume morto l'assente finchè non siano trascorsi cento anni dalla sua nascita. (7)

(1) Ohio, Wisconsin, Kansas, Colorado, Georgia, Missisipì e Florida.

(2) Indiana e Wyoming.

(3) Nuovo Hampshire, Vermont, Connecticut, Pennsylvania, Illinois, Jowa, Texas, California, Nevada e Carolina del Sud.

(4) Stimson, l. c., pag. 395-401, e The Student's Kent by Thompson; Boston and New York. Houghton, Mifflin and Company, pag. 113-121.

(5) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 30. Lorimer, l. c., pag. 183-5.

(6) C. civ. port., art. 64, 71, 78, 81.

(7) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 29.

Le leggi di molti Stati della Confederazione nord-americana presumono morto chi sia assente da sette anni ed alcune anche quello che sia assente da cinque anni. (1) Il codice austriaco (2) presume la morte dell'assente quando dalla sua nascita sia trascorso un periodo di ottant'anni e da dieci si ignori il luogo della sua dimora; quando, senza riguardo al tempo trascorso dalla sua nascita; egli rimane ignoto per il corso di trent'anni, e quando, essendo stato gravemente ferito in guerra od essendosi trovato a bordo di un bastimento nel tempo del suo naufragio od in qualche altro imminente pericolo di morte, manchi per il corso di tre anni da quel momento.

In Italia quando siano trascorsi trent'anni dalla immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, o siano trascorsi cento anni dalla nascita di lui e le sue notizie risalgano almeno a tre anni, il tribunale può attribuire alle parti interessate il possesso definitivo dei beni; se l'assente successivamente ritorna egli ricupera i beni nello stato in cui si trovano; e per trent'anni dal giorno dell'immissione nel possesso definitivo anche i figli o discendenti di lui che comparissero possono far valere negli stessi limiti i propri diritti sui beni dell'assente senza essere tenuti a provarne la morte; (3) questa del resto, quando non sia provata, non si presume mai e non può dirsi perciò mai veramente aperta la successione dell'assente nè secondo il diritto italiano nè secondo quello francese. (4)

724. — Quest'ultimo diritto differisce invece dall'altro in quanto si riferisce alle presunzioni nel caso di dubbia premorienza: esso dispone infatti (5) che se più persone rispettivamente chiamate all'eredità l'uno dell'altro, periscono per uno stesso infortunio senza che si possa scoprire quale di esse sia premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto ed, in mancanza di queste, dal vigore dell'età o del sesso; se coloro che perirono insieme avevano meno di quindici anni si presume che sia sopravvissuto il più avanzato in età; se avevano tutti più di sessant'anni si presumerà che sia sopravvissuto il meno vecchio; se gli uni avevano meno di quindici anni e gli altri più di sessanta si

(1) Stimson, l. c., pag. 310.
(2) § 24. — (3) C. c. ital., art. 36-40.
(4) C. c. franc., art. 129-133. — (5) C. c. franc., 720, 1, 2.

presumerà che siano sopravvissuti i primi; se avevano tutti compita l'età di quindici anni e non oltrepassavano quella dei sessanta e quando vi fosse uguaglianza di età, o quando la differenza non eccedesse un anno, si presumerà sempre che sia sopravvissuto il maschio, e nell'eguaglianza del sesso che sia sopravvissuto il più giovane.

Il codice italiano invece respinge tutte codeste presunzioni e dispone che (1) se fra due o più chiamati rispettivamente a succedersi è dubbio quale abbia per il primo cessato di vivere, chi sostiene la morte anteriore dell'uno o dell'altro deve darne la prova, e che in mancanza di prova si devono presumere morti tutti ad un tempo senza che abbia luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro. Tale presunzione di contemporaneità nella morte risulta pure dal diritto inglese, (2) e da quello austriaco. (3) Il codice baltico (4) non vi fa eccezione senonchè quando si tratti di un ascendente e del suo discendente: se questo era minore, si presume morto prima dell'ascendente, e se era maggiore dopo di lui, in Polonia restò invece in vigore il sistema francese.

725. — Tanta varietà persistente di leggi, se mostra da un lato come il mondo civile sia tutt'altro che indirizzato al diritto uniforme in materia di successione, fa dall'altro tanto più risaltare la necessità di accordi complessivi degli Stati, diretti all'adozione di qualche regola costante di competenza fra quelle norme discordi che elimini, colla possibilità d'un regolamento discorde e frammentario della successione d'uno stesso individuo situata in più territori, anche la conseguente incertezza che ne risulta in una parte tanto importante dei diritti della famiglia. Anche in questa come in ogni altra parte del diritto internazionale privato la questione può venir considerata da due punti di vista: da quello semplicemente pratico della eliminazione d'ogni causa di conflitti, ogni norma di competenza dovrebbe essere bene accolta come corrispondente allo scopo, quando fosse uniformemente adottata: infatti anche quando tutti gli Stati ammettessero, come vorrebbe il Suliotis interpretando il diritto rumeno, (5) che alla successione nei singoli beni mobili ed immobili del defunto dovesse presiedere singolarmente la legge

(1) Art. 924. — (2) Lehr, *Dr. Civ. Anglais*, pag. 3.
(3) C. c. austr., § 25. — (4) Art. 2584.
(5) Suliotis, *De la condit. des étrang. en Roumanie*, l. c., pag. 431-6.

del territorio dove quei beni fossero situati, lo scopo di eliminare i conflitti fra le varie leggi in tale argomento sarebbe pur completamente conseguito.

Ma la questione può venir considerata da un punto di vista nel tempo stesso non meno pratico e più elevato; quello cioè di cercare non soltanto l'eliminazione dei conflitti, ma di farla dipendere altresì dall'adozione uniforme del criterio di competenza più logico, più equo e meglio rispondente all'indole stessa della successione: l'unità della persona giudica dell'individuo da cui quello deriva, e l'unità della famiglia alla quale i diritti ad essa connessi si riferiscono. Ponendosi a considerare la questione da questo punto di vista, e dati i nostri concetti dello stato della persona e della famiglia, non è più possibile restare indifferenti circa il criterio da adottarsi, ma si è tratti necessariamente a considerare come essenzialmente migliore ed a tutti preferibile quel sistema che vuol regolata tutta la successione pur esistente in più territori dalla legge della persona della cui eredità si tratta.

726. — Pure a questo ideale non corrispondono appieno le soluzioni del diritto positivo; anzi i sistemi di diritto che preferiscono così completamente nelle relazioni internazionali la legge della persona quale unica ed assoluta regolatrice della successione non sono rappresentati nei rapporti fra gli Stati civili se non che da una minoranza, ed anche questi discordano alla loro volta come in tutto quanto si attiene ai diritti della persona a seconda che preferiscono la legge del domicilio o quella della nazionalità. Quest'ultima legge, che per ragioni sulle quali sarebbe ora superfluo ritornare, ci pare ad ogni altra preferibile, è adottata nel modo più completo del codice italiano il quale dispone che le successioni, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successori, sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino. (1)

Tale criterio viene applicato in Italia alle successioni degli stranieri colla maggiore larghezza, nel senso che si ritengono seguiti gli stranieri anche da quelle disposizioni particolari di leggi speciali che eventualmente li reggano nella loro patria a differenza degli altri sudditi dello stesso Stato, ogniqualvolta quelle disposi-

(1) C. c. ital., art. 8 preliminare.

zioni siano regolatrici di un diritto e non offendano il nostro ordine pubblico negando uno di quei diritti che fra noi siano riconosciuti come essenziali di ogni uomo. Sicchè agli abitanti di quei paesi orientali dove il diritto civile è in gran parte ancora regolato diversamente a seconda della razza e della religione degli individui, o di quei paesi europei dove fosse tuttavia conservata sulla base confessionale qualche traccia dell'antica personalità nelle leggi, (1) si applicherà in Italia la loro legge particolare o confessionale come legge nazionale. Così la corte d'appello di Firenze, dovendo giudicare della successione di un tunisino appartenente alla religione ebraica, applicò come legge nazionale i precetti della legge mosaica. (2)

E tanto maggiormente l'applicazione di tale criterio serve ad eliminare ogni possibilità di conflitti, quando nel dubbio se il defunto avesse o no mutata la propria nazionalità originaria, i magistrati ricorrono per la decisione, in mancanza di disposizioni imperative della propria legge, a quelle della legge del defunto relative all'espatriazione. In questo senso aveva deciso antecedentemente la corte di cassazione di Firenze a proposito della stessa eredità cui si riferisce la decisione suaccennata. La corte d'appello di Lucca aveva deciso che l'intenzione del tunisino Samama di rinunciare alla cittadinanza originaria, risultava sufficientemente provata dal fatto di aver egli abbandonato il proprio paese, d'essersi trasferito all'estero e di avervi chiesta la naturalizzazione, ma la corte di cassazione ritenne non potersi prescindere dall'articolo 92 del codice tunisino secondo il quale i nazionali, malgrado l'assenza più prolungata conservano sempre la loro qualità di sudditi tunisini. (3)

La legge nazionale fu pure fatta prevalere anche in materia di successione dal codice civile del Cantone di Zurigo, ma le altre legislazioni non l'hanno ancora imitato. Della giurisprudenza d'altri paesi si suol citare, come indizio d'una tendenza nello stesso senso,

(1) Il d'Olivecrona « Condit. des juifs en Suède », accenna come recentemente le successioni degli Ebrei vi fossero regolate dalla legge religiosa, *Rev. de Dr. Int.*, 1887. pag. 536.

(2) *Annali di Giurisp. Ital.* 1883, III, pag. 377-414; corte d'app. di Firenze; causa Samama.

(3) *Monitore dei Trib.*, 1881, pag. 601. Corte di cass. di Firenze; Samama e Governo di Tunisi.

una sentenza del tribunale dell'Havre del 28 Agosto 1872, (1) ed una del tribunale supremo di Madrid del 6 Giugno 1873; (2) ma non trattasi di disposizioni legislative e soprattutto la prima è discorde da tutta la giurisprudenza francese.

Del tutto esplicito nel senso della nazionalità è invece l'articolo 6 dell'*Avant Projet* di revisione del codice civile belga che dispone: « Les successions sont réglées d'après la loi nationale du défunt. L'application de la loi nationale du défunt a lieu quels que soient la nature des biens, et le pays où il se trouvent ». Il fatto che la commissione legislativa attuale, pur discordando dal progetto antecedente del Laurent in vari punti, abbia mantenuta la preferenza della legge nazionale in tale argomento come in quanto riguarda lo stato della persona ed i rapporti di famiglia, è indizio di molta probabilità che quella disposizione si trasformi in un testo positivo di legge e che un altro codice aderisca al sistema adottato dalla legge nostra. (3)

Nella Svizzera il concordato concluso fra la maggioranza dei cantoni il 15 Luglio 1822 prendeva per base la legge del cantone d'origine, ma la tendenza attuale del diritto elvetico è favorevole alla preferenza del diritto del domicilio se trattasi della successione di uno svizzero domiciliato nel territorio della confederazione e del diritto del paese d'origine se trattasi di un domiciliato all'estero; lo stesso diritto è garantito, rispetto alle successioni di italiani che abbiano lasciato beni in Svizzera, dall'articolo 17 della convenzione consolare italo-svizzera del 22 Luglio 1868. (4) Rispetto agli stranieri appartenenti ad un paese col quale la Svizzera non abbia conchiuso stipulazioni analoghe, l'applicazione della legge nazionale pare esclusa dall'articolo 46 della costituzione federale disponente in genere che « le persone stabilite in Svizzera sono sottomesse alla giurisdizione ed alla legislazione del luogo del loro domicilio in quanto concerne i rapporti di diritto civile ».

L'Italia ottenne anche nella convenzione col Brasile una stipulazione analoga a quella colla Svizzera, (5) imitata nell'articolo 35

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1874, pag. 182.

(2) Laurent, op. c., vol. VI, pag. 284.

(3) *Revue de Dr. Int.* 1886, pag. 464 e segg.

(4) Palma, l. c., pag. 601. Curti l. c., pag. 109, e D'Orelli, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Freiburg in Br. Mohr., 1885, pag. 93

(5) Annuaire de lég. etr. 1880, pag. 733 e segg.

del trattato del 1882 tedesco brasiliano, (1) ottenendovi la riproduzione quasi completa dell'articolo 8 del nostro titolo preliminare nell'articolo 29, che dispone « se un suddito d'uno dei due paesi venisse a morire nel territorio dell'altro, la successione di lui, in quanto riguarda l'ordine di succedere e la divisione, sarà regolata dalla legge del paese cui il defunto apparteneva, qualunque sia la natura dei beni ». Vi son fatte due sole riserve, una in favore delle disposizioni speciali della legge locale relative agli immobili, ma limitate alle materie d'ordine pubblico dal testo antecedente dell'articolo; l'altra prevedendo il caso in cui il suddito d'uno dei paesi concorra nella propria patria con eredi stranieri, ed accordandogli in tal caso la facoltà di preferire che la sua quota ereditaria sia regolata dalla sua legge nazionale anzichè da quella del defunto. Così è nel trattato fra la Svizzera ed il Brasile del 21 ottobre 1878, (2) in quelli stipulati dalla Serbia colla Germania e coll'Austria-Ungheria, (3) e nella convenzione del 26 Novembre 1881 fra la Germania e la Grecia. (4)

Da tutto ciò risulta che, se la preferenza della legge nazionale nel regolamento della successione non si riscontra fino ad ora che in una minima minoranza degli Stati civili, è già riuscito all'Italia di schivare i conflitti che sarebbero risultati con paesi di diritto diverso facendo accogliere in via convenzionale a taluni di questi anche rispetto ai suoi sudditi quei principi che la sua legge già sanciva rispetto ai sudditi di quelli; e che anche Stati i quali non accolgono quel principio nella propria legislazione pur non ne sono così ripugnanti da non ricorrervi talora eccezionalmente in via convenzionale per regolare con altri uniformemente le successioni lasciate nei due territori dai sudditi rispettivi.

727. — L'unità della successione regolata dalla legge del domicilio considerata come legge della persona è invece ammessa dal codice civile del regno di Sassonia (5) e, come abbiamo notato, dal diritto svizzero nei rapporti intercantonali, e nei rapporti internazionali quando non si tratti della successione di uno svizzero domiciliato all'estero, o di uno straniero col paese del quale esistano

(1) Böhm, Handbuch der int. Nachlassbehandlung, pag. 153, 4; Teichmann, *Revue de Dr. Int.*, 1881, pag. 93-5.

(2) Curti, l. c., pag. 109, 110. — (3) Pavlovitch, l. c., pag. 28.

(4) Art. 23, *Revue de Dr. Int.*, 1882, pag. 221-6. — (5) Art. 17.

speciali disposizioni convenzionali. Secondo il diritto prussiano ed il diritto comune germanico la legge del domicilio è pure ammessa come regolatrice di tutta la successione, facendovi però eccezione soltanto rispetto a certe categorie di beni immobili che restano esclusi dalla successione universale e rispetto ai quali si riconosce l'impero della legge territoriale. (1) Tale regola è generalmente ammessa in Germania e prevale nella giurisprudenza, contro la tradizionale interpretazione delle stesse disposizioni legislative, anche in quelle parti dell'impero che sono rette ancora dal codice civile francese. Così giudicò il tribunale superiore di Darmstadt a proposito della successione di uno straniero che non era domiciliato nel granducato, decidendo che tanto rispetto ai mobili quanto agli immobili da lui lasciati in quel territorio le leggi renane non erano applicabili, ma spettava ai magistrati del suo domicilio applicare le leggi proprie di questo. (2)

A quanto afferma il Fabrés (3) la legge del domicilio regola l'intera successione degli stranieri anche secondo il diritto del Chili. Infatti disponendo l'articolo 997 del codice civile di quel paese: « Gli stranieri sono chiamati alle successioni *ab-intestato* che si aprono al Chilì nello stesso modo e, secondo le stesse regole che i chileni »; ed aprendosi la successione nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto; egli ne deduce che secondo il diritto di questo debba regolarsene la successione senza distinzione di beni. Non intendo di contestare l'affermazione del Fabrés che senza dubbio avrà trovato nella legge e nella giurisprudenza del suo paese argomenti atti a suffragarla, ma parmi possa affermarsi che la disposizione dell'articolo 997 non è tale da autorizzare la conclusione di lui. È una disposizione che riguarda direttamente il pareggia-

(1) Bulmerincq, Völkerrecht, pag. 213, 4. Böhlau, Mecklemburgisches Landrecht, 1871, vol. I, pag. 475 e segg. « Beherrscht ist das gemeine deutsche Erbrecht vom Prinzipe der Universalsuccession. Wie die Rechts und Handlungsfahigkeit einer phisischen Person nach der *lex domicilii* sich bestimmt, so und aus gleichen Gründen haben sich Erbrechtsfragen nach dem Rechte desjenigen Landes zu entscheiden, innerhalb dessen Erblasser zur Zeit seines Todes domicilirte. Wo ausnahmsweise das Prinzip der Singularsuccession im deutschen Erbrecht-welche eigentlich in Deutschland nur in Bezug auf Immobilien vorkommt-sich erhalten hat, entscheidet die *lex rei sitae* ».

(2) Oberlandesgericht di Darmstadt, 19 Novembre 1883, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 732, 3 e n. del Beauchet.

(3) Fabrès, l. c., pag. 293, 4.

mento fra stranieri e chileni quanto all'attribuzione della capacità a succedere in genere, e che indirettamente può applicarsi al regolamento specifico della capacità dei successibili secondo la loro legge personale nel caso di successioni non aperte al Chili. Ma non può dedursi da essa la prevalenza della legge straniera del defunto nel regolamento di tutta la successione, tanto più che secondo l'articolo 14 « le leggi obbligano tutti gli abitanti del territorio siano essi cittadini o stranieri, domiciliati o di passaggio ».

In modo certamente più esplicito e completo dispone, nello stesso senso del diritto prussiano, l'articolo 3283 del codice civile argentino riconoscendo che « il diritto di successione al patrimonio del defunto è retto dal diritto locale del domicilio ch'esso aveva il giorno della sua morte, sia che i suoi eredi siano nazionali, sia che siano stranieri. » Il patrimonio del defunto è dunque considerato nel suo complesso come universalità di beni, e non si fa luogo, per riguardo all'indole di questi, a successioni singolari rette dalla legge territoriale. Però un'eccezione d'indole diversa da quella tedesca vi è fatta, ad imitazione della legge francese del 14 Luglio 1819, all'applicazione integrale della legge del domicilio, dall'articolo 3470 secondo il quale in caso di divisione di una stessa successione fra eredi argentini e stranieri o fra stranieri domiciliati e stranieri non domiciliati nel territorio della confederazione, i nazionali od i domiciliati potranno pretendere dei beni situati nella repubblica una parte eguale al valore dei beni situati in paese straniero, da cui sarebbero esclusi per effetto della legge straniera. (1) Tali limiti all'applicazione della legge personale non sono giustificati dalla necessità; infatti l'argomento della ritorsione che si può invocare contro un avanzo di diritto d'albinagio, non può rettamente addursi per autorizzare a correggere a profitto dei propri sudditi le norme di diritto comune di un altro Stato; e l'enunciato riconoscimento della legge personale ne risulta nei suoi effetti notevolmente diminuito.

Ma, anche prescindendo da tali eccezioni, vi sono altri limiti che ogni Stato, prescelga esso per regolare la successione la legge straniera del domicilio o quella della nazionalità del defunto, è pur costretto a porre al riconoscimento di quella per tutelare i principi fondamentali del proprio diritto pubblico e del proprio re-

(1) *Bulletin de la Soc. de Lég. Comp.* 1885, pag. 202-222.

gime economico. Da questo punto di vista anche il diritto italiano, che pur è il più liberale nell'applicazione della legge nazionale, limita gli effetti del suo riconoscimento: così le disposizioni di legge straniera che diminuissero i diritti ereditari attivi o passivi di taluno per effetto della sua condizione servile, della sua razza, o della sua fede religiosa, non potrebbero ricevere applicazione nel nostro paese. Quando il conflitto fosse dipendente da simili cause, la sua persistenza sarebbe preferibile alla sua eliminazione ottenuta mercè l'applicazione della legge straniera, poichè essa costituisce la reazione almeno parziale contro un attentato ai supremi diritti che competono all'individuo non già come cittadino di uno Stato ma nella sua qualità di uomo. Ma ben altri conflitti d'altronde persistono pur fra gli Stati che adottano genericamente la legge personale quantunque anche i pochi esempi adotti di convenzioni bastino a mostrare come il desiderio della loro eliminazione non sia estraneo alla coscienza degli Stati civili.

728. — L'adozione della legge nazionale da parte di uno Stato e di quella del domicilio da parte di un altro; il criterio diverso che si ha del domicilio in diversi Stati che pur s'accordino nell'adottarlo come indicazione dello stato personale, e soprattutto la diversa ampiezza colla quale si concepisce il limite di ordine pubblico, sono le cause che, nella deficienza di apposite convenzioni, fanno ricader nell'antinomia legislazioni che parrebbero d'accordo in un concetto comune. Così la successione di un italiano domiciliato in Italia sarà regolata secondo la legge nostra anche rispetto ai beni situati in Germania; ma se esso fosse domiciliato in Germania la legge nazionale dovrebbe cedere circa i beni situati nell'interno del territorio tedesco davanti alla legge germanica del domicilio. Le speciali ed eccezionali successioni connesse secondo le leggi di alcuni paesi con certi beni e con un certo ordine di famiglie non potrebbero far sentire il loro pieno effetto in Italia, mentre le regole territoriali germaniche relative a certe successioni particolari (1) farebbero sentire il loro impero anche in confronto della successione di stranieri. Inoltre alcune disposizioni come quelle della legge francese del 1819, e del diritto argentino e brasiliano ispirate dal concetto di correggere nei riguardi dei propri sudditi le conseguenze della legge straniera regolante la successione, sono

(1) Savigny, l. c., pag. 306 e segg.

per se stesse essenzialmente territoriali, ed il conflitto col diritto del paese straniero che è sede della successione deriva dal fatto stesso della loro esistenza; le occasioni però ne sono, anzichè attenuate, aumentate dalla giurisprudenza francese applicando quella legge non solo alle successioni nelle quali eredi francesi concorrono con eredi stranieri, ma anche quando rispetto a beni esistenti in parte in Francia ed in parte all'estero di una successione regolata da legge straniera, eredi francesi concorrono fra di loro.(1) Dove una disposizione come quella del codice francese o del codice italiano (2) proibisce le stipulazioni relative a successioni future, non si potrebbe a tali stipulazioni riconoscere veruna efficacia quantunque la legge personale sia applicata in quel territorio al regolamento internazionale della successione e quantunque nel paese a cui questa è soggetta quei contratti siano riputati leciti. (3)

Una maggiore difficoltà può sollevare, fra Stati che ammettono egualmente il criterio della legge personale, il caso della commorienza (4) rispetto alla quale in uno di quelli si presuma la contemporaneità e nell'altro la successione delle due morti; se i due morti appartenevano alla stessa nazionalità od allo stesso domicilio, non v'ha dubbio che si applicherà nei vari paesi adottanti il criterio della personalità e dove si trovino loro beni la presunzione prescelta dalla loro legge personale; ma se uno dei due defunti rispettivamente successibili apparteneva ad un paese la cui legge li supponga morti contemporaneamente come la nostra e l'altra ad un paese il cui diritto ammetta come il codice francese varie presunzioni di premorienza, siccome il regolamento della successione secondo la legge personale del de cujus si collega alla certezza della persona di questa, ed in tal caso è appunto tale certezza assoluta che manca senza che vi siano motivi di diritto o di equità per generalizzare la presunzione dell'una piuttostochè quella dell'altra legge, così nulla può opporsi all'applicazione nei singoli paesi dove si trovano i beni della presunzione ammessa dalla legge territoriale.

Meno giustificata appare l'applicazione eccezionale della legge territoriale col pretesto dell'ordine pubblico, in quanto si riferisce

(1) Laurent, l. c., vol. VII, pag. 97-100.

(2) C. c. fr., art. 1836, 7; cod. c. it., art. 1118.

(3) *J. de Dr. Int. Pr.* 1886, pag. 208, 9; Trib. Civ. della Senna, 18 luglio 1885, Hamidà c. Benajad. — (4) V. pag. 681, 2.

al riconoscimento dei diritti successori di certe persone che o per causa del sesso o per causa della irregolarità dei loro vincoli famigliari col defunto vengono, nel paese dove una parte dei beni lasciati da lui siano situati, trattati diversamente di quello che nella patria o nel luogo di domicilio di lui. Così, anche nei limiti in cui il diritto francese ammette il regolamento personale della successione, questo deve essere limitato, secondo varie autorità di quel paese, quando trattasi di figli naturali stranieri cui non si vuol concedere una porzione maggiore di quella attribuita loro dalla legge francese; (1) alla stessa conclusione arriva la giurisprudenza inglese pur in quella parte del diritto successorio che collega normalmente alla legge personale del domicilio. La divisione della cancelleria dell'alta corte di giustizia dovendo infatti decidere se i figli naturali di un tale Atkinson morto domiciliato a Roma dov'essi erano nati, dovessero considerarsi in Inghilterra nei riguardi della successione e specialmente in quelli delle tasse ereditarie anche rispetto ai fondi depositati presso la corte, come figli, quali li considerava la legge vigente a Roma, o come estranei secondo la legge inglese, si pronunciò per quest'ultima soluzione. (2)

729. — Fra i sistemi di diritto dianzi accennati quantunque restino possibili conflitti per la differenza del criterio di personalità adottato e per i limiti diversi che vi si arrecano collo scopo di tutelare l'ordine pubblico, pur si riscontra nell'adozione generica della legge personale e nella subordinazione a questa dei beni di ogni specie, la consapevolezza della necessità di regolare come un tutto unico la successione anche nei rapporti internazionali. Negli altri sistemi di diritto tale unità della successione nel campo dei rapporti internazionali necessariamente scomparisce di fronte alla distinzione fra beni mobili e beni immobili, ed i conflitti derivanti dalla territorialità qua e là ammessa rispetto a questi ultimi, si combinano con quelli derivanti dal diverso criterio adottato circa i primi.

Oltremodo frammentario e contraddittorio apparisce il sistema che risulta dal diritto e dalla giurisprudenza francese. Rispetto a questa giova eliminare anzitutto la soluzione di chi vorrebbe dimo-

(1) Weiss, l. c., pag. 849, contr. Laurent, pag. 425, 6.

(2) 20 Febbr. 1882, Anderson, c. Atkinson, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 184, 5.

strare in tale argomento il diritto francese d'accordo con quello italiano così per quanto riguarda i mobili come per quanto riguarda gli immobili: l'Antoine cerca di giungere a tale dimostrazione conciliando colla personalità assoluta della successione la disposizione altrettanto assolutamente territoriale dell'articolo 3 del codice civile francese: «I beni immobili, ancorchè posseduti da stranieri, soggiacciono alle leggi francesi; (1)» ed il Weiss sostiene la stessa tesi (2) facendo colla disposizione dell'articolo 7 del codice italiano un paragone che non può reggere perchè nel codice francese manca appunto una disposizione simile a quella dell'articolo 8 della nostra legge che vi modifica rispetto alle successioni la territorialità sancita dall'articolo 7. Il Laurent, fedele al proprio sistema di voler corrette le leggi soltanto dal legislatore, pur essendo in teoria fautore del regolamento unitario della successione basata sulla legge nazionale del defunto, riconosce che, per quanto riguarda gli immobili, il diritto vigente francese sancisce la prevalenza della legge della situazione, (3) e critica perciò una sentenza del tribunale dell'Havre che, non tenendo verun conto dell'articolo 3 del codice civile, avea regolata tutta una successione, senza distinguere fra le varie specie di beni secondo la legge nazionale del defunto. (4) Dato dunque che uno straniero lasci beni immobili situati in Francia; non v'ha dubbio che, qualunque criterio di diritto internazionale siasi adottato nel paese di lui per il regolamento della successione, a questa, per quanto riguarda quegli immobili, non si applicherà in Francia se non la legge francese. Siccome poi la disposizione imperativa dell'articolo 3 del codice civile non si riferisce che agli immobili, così resta libera in Francia l'applicazione ai mobili dello straniero della sua legge personale.

Ma, anche rispetto a questa, cui è lasciato nel diritto francese un campo d'azione tanto più ristretto di quello che nel nostro, non è prescelto con certezza e con costanza uno dei due criteri di legge personale, ma si applica ora la legge del domicilio ed ora quella nazionale. Si distingue cioè lo straniero domiciliato in Francia

(1) Antoine. De la succession légitime et testamentaire en droit international privé, ou du conflit des lois des différentes nations en matière de succession. Paris Marescq ainé, 1876, cap. 2°.

(2) Weiss, pag. 837 e n.

(3) Laurent, vol. VI, pag. 229-233.

(4) Laurent, l. c., pag. 237-9.

da quello non domiciliato; al primo si applica la legge francese, al secondo, in qualunque terzo paese sia domiciliato, la sua legge nazionale. (1) Quando trattasi di uno straniero stabilito in Francia quelli effetti sono prodotti in modo certo sullo statuto personale soltanto dal domicilio legale debitamente autorizzato dal governo, e può essere prodotto anche da un domicilio di fatto nel quale il magistrato francese riconosca certe condizioni di stabilità; quando trattasi di un francese stabilito all'estero si richiede secondo molte decisioni per ammettere un effetto di quel domicilio sullo statuto personale e sulla successione, che il suo stabilimento risulti scompagnato dal proposito di ritorno che è quanto dire riunisca le qualità necessarie per implicare rinuncia alla cittadinanza francese. (2)

Secondo tale criterio una vedova italiana domiciliata in Italia potrebbe far valere sulla sostanza mobiliare del marito situato in Francia tutti i diritti attribuitile dal codice italiano, ma rispetto agli immobili colà situati dovrebbe adattarsi a venire secondo il diritto francese alla coda di tutti gli eredi legittimi; che se il domicilio dei coniugi al momento della morte del marito fosse stato stabilito in Francia in seguito ad autorizzazione governativa, essa non potrebbe pretendere nemmeno sui mobili situati in Francia a maggiori diritti di quelli garantiti al coniuge superstite dalla legge francese. Se invece si trattasse della successione di un francese domiciliato in Germania, in quest'ultimo paese si applicherà a tutta la sua successione la legge del domicilio tedesco; ma in Francia, mentre in omaggio alla *lex rei sitae* si riconoscerà l'applicazione della legge tedesca rispetto agli immobili situati in Germania, non la si riconoscerà quanto ai mobili e tanto meno quanto a quelli situati in Francia, poichè a quel domicilio che vale in Germania a regolare tutto lo statuto personale dello straniero, non si riconosce lo stesso effetto in Francia rispetto ad un francese che trovisi in quelle condizioni, quando la sua assenza dalla patria non sia scompagnata da ogni proposito di ritorno.

Altre decisioni sono meno assolute rispetto agli effetti del domicilio straniero sullo statuto personale del francese, ed ammettono

(1) Trib. civ. della Senna, Margo c. ved. Mac Henry; *Journal*, 1881, pagina 432, 3. C. di cass. 22 febbr. 1882, Forgo e Ditch c. amministraz. deman. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 64.

(2) Trib. civ. di Bordeaux, 29 Nov. 1882, Repassin c. Kisielowska. Journal, 1883, pag. 296-9.

che la prova dell'intenzione di mutare il domicilio possa in mancanza di dichiarazione espressa risultare dall'aver fissato in un luogo diverso dal domicilio d'origine il proprio principale stabilimento anche con proposito di ritorno; dall'avervi risieduto molto a lungo, avervi lasciato qualche legato agli istituti di beneficenza locali ed avervi fissato il luogo della sepoltura. (1)

Le convenzioni conchiuse dalla Francia mantengono la distinzione fra mobili ed immobili, ma rispetto ai mobili si riferiscono con preferenza alla legge nazionale. Così è nelle convenzioni dell'11 Dicembre 1866 coll'Austria, del 1 Aprile 1874 colla Russia, (2) e del 18 Gennaio 1883, colla Serbia (3) nelle quali fu stabilito che « la succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles sont situés ..., celle aux biens mobiliers par la loi nationale du défunt soit qu'à l'epoque des leur decès ils y fussent établis, ou y fussent seulement de passage, soit qu'ils fussent décédés ailleurs ». Così è stipulato pure nell'articolo 6 del trattato di commercio fra la Francia ed il Messico del 27 Novembre 1886. (4) La territorialità della successione sugli immobili è pure sancita nel trattato colla Germania; (5) in quello colla Svizzera del 1869 (6) ed in quello del 9 Settembre 1882 colla repubblica di San Domingo. (7)

730. — Nei limiti ristretti in cui il diritto francese ammette nella successione dello straniero l'efficacia della legge nazionale di lui, e nei limiti più estesi in cui la ammette il diritto nostro,

(1) Corte d'appello di Pau, 22 Giugno 1885, Bayerque c. Soc. de Saint Jean Baptiste d'Oleron, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 479-485 e 611, 612.

(2) V. trib. civ. di Nizza 30 Dic. 1884, e corte di Aix 1 Giugno 1885. Hartmann c. Mannerheim, *Journal* 1886 pag. 727.

(3) Art. 11, 10 ed 8 rispett.

(4) Mémorial Diplomatique, 19 Maggio 1888, pag. 322.

(5) Laurent vol. VI, pag. 234, 5. — (6) Curti, l. c., pag, 92, 3.

(7) « La succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles sont situés.... les réclamations relatives aux successions mobilières ainsi qu'aux droits de succession sur les effets mobiliers, laissés dans l'un de deux pays par des citoyens de l'autre pays, soit qu'à l'époque de leur décés ils y fussent établis, soit qu'ils y fussent simplement de passage, seront jugées par les tribunaux ou autorités compétentes de l'État auquel appartenait le défunt et conformement aux lois de cet État; » *Journal officiel*, 24 Giugno 1887.

sorge dubbio circa la applicazione di quella o la preferenza della legge territoriale, quando si debba giudicare della successione di uno straniero la cui legge personale prescelga come criterio di diritto internazionale privato così per la successione immobiliare come per quella mobiliare, la prevalenza della legge territoriale. In tale caso può il giudice nostro cui la legge impone di ricorrere per il regolamento della successione alla legge del defunto, trovando che questa si riferisce in tal caso alla legge territoriale, applicare come voluto dal diritto nazionale del defunto, il diritto proprio? O sarà egli obbligato a non curare il criterio di diritto internazionale privato adottato dal diritto personale dello straniero, e a ricercare, come il criterio di diritto internazionale adottato dalla legge sua gli impone, nel diritto interno materiale di quel paese il diritto materiale secondo il quale debba regolarsi la successione? Il Labbé dimostrò vittoriosamente che debba prevalere la seconda soluzione (1) sostenendo essere i criterî di diritto internazionale privato adottati da una legislazione, di ordine pubblico, e perciò imporre essi il ricorso ad un diritto materiale straniero e non già ad un criterio di diritto internazionale privato diverso dal proprio accolto da una legge straniera. Pure la corte di cassazione francese, (1) a proposito della successione di un bavarese non domiciliato in Francia, alla successione mobiliare del quale avrebbe dovuto perciò applicarsi la legge bavarese, giudicò che, poichè secondo i concetti di diritto internazionale privato ammessi in Baviera, ai beni mobili come a quelli immobili deve applicarsi la legge della situazione, la sua successione situata per intero in Francia doveva regolarsi, in applicazione della stessa legge bavarese, secondo il diritto francese. Tale applicazione della legge propria fatta in simili condizioni e per tali motivi, apparisce come una erronea applicazione dei principi di diritto internazionale privato ammessi in Francia; ma non ha però l'inconveniente di suscitare conflitti fra il diritto di quello e il diritto di un altro paese; mentre altrettanto non può dirsi della territorialità mantenuta quanto alla successione negli immobili e dell'oscillazione quanto a quella mobiliare, rispetto alle successioni degli stranieri, fra la legge del domicilio francese e quella della nazionalità.

(1) Du conflit entre la loi du juge saisi et une loi étrangère relativement à la determination de la loi applicable à la cause, *Journal*, 1885, pagina 8-17. — (2) 22 Febb. 1882 causa Forgo.

731. — L'applicazione della legge territoriale alla successione sugli immobili nell'impero austriaco risulta dalla disposizione dell'articolo 300 del codice civile secondo il quale le cose immobili sono soggette alla legge del luogo in cui sono situate, mentre tutte le altre cose sono soggette a quella legge cui è sottoposta la persona del proprietario. Quest'ultima poi secondo gli articoli 4 e 34 è, per gli austriaci che agiscono o posseggono all'estero, la legge patria e per gli stranieri che vivono o possiedano in Austria quella del loro domicilio od in mancanza di un domicilio fisso quella della loro nazionalità. Secondo tali principi la successione di un austriaco è regolata dalla legge austriaca in quanto riguarda la sua proprietà mobiliare dovunque situata e gli immobili situati nell'impero, e la successione di uno straniero è pure regolata dalla stessa legge per quanto riguarda tutti gli immobili situati in territorio austriaco. La successione mobiliare di uno straniero è abbandonata all'incontro, dovunque trovinsi le cose, al regolamento della legge straniera; e sottoposta di regola alla legge austriaca solo allorquando la sudditanza dello straniero di cui si tratta non sia provata. L'applicazione di tali principi è però sottoposta alla condizione della reciprocità convenzionale o di fatto assicurata ai sudditi austriaci nel paese cui quello straniero apparteneva: in tal caso si trovano rispetto all'Austria l'Anhalt, il Baden, Basilea campagna, la Francia, Glaris, i Grigioni, la Grecia, Amburgo, l'Italia, Lippe-Detmoldt, il Portogallo, le provincie renane, la Sassonia-Coburgo-Gotha, Sciaffusa, la Svezia, i due mezzi cantoni di Unterwalden, Uri e Zug. Con questi Stati la reciprocità del regolamento personale della successione mobiliare è stabilita sulla base della legge nazionale. Con altri invece è applicato per reciprocità il principio normale già citato del diritto austriaco che considera come legge personale quella del domicilio, sicchè nei rapporti con questi, la legge nazionale è riconosciuta come competente solo allorquando lo straniero avesse avuto in Austria una dimora puramente passeggera: tale è il caso di Basilea città, Baviera, Brema, Danimarca Ginevra, Assia, Amburgo, Holstein, Lussemburgo, Lucerna, Meklemburgo-Schwerin, Neuchatel, Norvegia, Prussia, Sassonia, Schwarzburgo-Rudolstadt e Würtemberg. (1) Per le successioni dei non maomettani si applicano le stesse norme alle successioni

(1) Markievitz. Oesterreichisches Staatsgebiet, nel Reuling, pag. 76, 7.

degli stranieri nella Bosnia e nell'Erzegovina. (1) In Inghilterra, in Scozia e negli Stati Uniti è pure indiscutibilmente ammesso nella successione immobiliare l'impero della legge territoriale formulato dal Westlake (2) così: « English real estate descends on intestacy according to english law whatever may have been the personal law of the intestate », e quasi identicamente dal Field nell'articolo 586 del suo codice. (3) Ai mobili si applica invece la legge del domicilio. (4) Il diritto inglese però, come abbiamo veduto, (5) sottopone a condizioni molto rigorose la sostituzione del domicilio di origine con un domicilio acquisito cui si debba riconoscere efficacia sulla determinazione della legge della persona. Invece nella Scozia, quando un cittadino muore all'estero od uno straniero nel territorio, si ricerca se la residenza rispettivamente straniera e scozzese del defunto fosse temporanea o permanente; nel primo caso la successione mobiliare si reputa regolata secondo la legge del domicilio originario, nell'altro secondo quella del domicilio acquisito. (6) All'ultimo domicilio si bada in genere anche agli Stati Uniti (7) e solo eccezionalmente prevale nel Missisipi e nella Luisiana per il regolamento totale o parziale della successione nei mobili situati nello Stato la legge territoriale. (8)

La eliminazione dei motivi di conflitto fra le legislazioni di tali paesi dipende dunque da quell'accordo circa il concetto del domicilio e le condizioni poste al suo acquisto che abbiamo notato come (9) manchi ancora fra loro. A tale bisogno s'intese provvedere in Inghilterra mediante una legge del 1861 (10) colla quale la corona venne autorizzata a stabilire mediante trattati internazionali che i sudditi di una delle parti contraenti non possano venir considerati come domiciliati nel territorio dell'altra se non dopo avervi risie-

(1) Pöltzel l. c., pag. 112.

(2) Westlake *Pr. Int.* Law, § 54-56 e Giurisprudenza nella *Revue de dr. int.* 1874, pag. 288-404. Lorimer, pag. 234, n° 1004.

(3) Ediz. cit., pag. 451. — (4) Westlake, l. c.

(5) Vedi vol. II, pag. 275-8.

(6) Lorimer, pag. 224 n° 1003.

(7) Bulmerincq. Völkerrecht pag. 215-7 e Field art. 585.

(8) Stimson, pag. 402 n° 3131 e pag. 407 n° 3140.

(9) Vedi vol. II, pag. 277, 8.

(10) Westlake, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1874, pag. 620 e segg.

duto almeno per un anno; ma il Westlake (1) non può citare nemmeno una convenzione conclusa in questo senso.

Nella Svezia vige quanto alla proprietà mobiliare dello straniero il sistema che preferisce la legge nazionale senza riguardo al domicilio del defunto in questo o quel territorio; il diritto di quel paese non accoglie rispetto alle proprietà di tale specie nemmeno quelle misure eccezionali dirette alla protezione degli eredi indigeni che abbiamo notato nei diritti francese, argentino e brasiliano; sicchè se uno straniero che possedeva mobili in Isvezia lascia accanto ad un parente suddito svedese, che secondo la propria legge avrebbe diritto a tutta l'eredità o ad una parte di essa, altri parenti stranieri che secondo la loro legge nazionale escluderebbero il primo, non si ammette per favorire questo veruna eccezione all'applicazione della legge nazionale del defunto. Rispetto agli immobili invece si applica la legge territoriale, la quale in certi casi è non solo regolatrice ma anche limitatrice dei diritti dell'erede straniero, sia perchè questi son sottoposti dal codice svedese alla condizione della reciprocità, sia perchè gli stranieri non possono acquistare e possedere immobili in Svezia senza una particolare concessione del re, sicchè un immobile che lo straniero defunto avesse acquistato in Svezia con tale permesso, non potrebbe passare nel possesso dell'erede straniero senza un'altra simile concessione. (2) In Norvegia la parte di successione il regolamento della quale è attribuito alla legge personale è invece sottoposta al diritto del domicilio del defunto (3) ed in Olanda ed in Russia la parte immobiliare della successione è pure sottoposta alla legge territoriale. (4)

Il Martens (5) critica aspramente tali eccezioni all'unità della successione ammesse dalle leggi del suo paese, ma non dice se la successione mobiliare dello straniero vi sia regolata dal diritto nazionale di lui o da quello del suo domicilio; il Bulmerincq (6) afferma che vi è preferita quest'ultima. Il Lehr (7) espone alcune norme più diffuse ma non più chiare; egli nota che le rendite

(1) Ne esiste però una col cantone di Vaud; v. n° 761.

(2) Böhm, Handbuch ecc. pag. 157, 8.

(3) Böhm, l. c., pag. 159, 160.

(4) Böhm, l. c., Ergänzungsband pag. 7.

(5) Vol. II, pag. 455, 6. — (6) L. c., pag. 213, 4.

(7) *Dr. Civ. Russe*, pag, 447 e segg.

iscritte nel Gran Libro del debito pubblico e le obbligazioni dello Stato con rendita permanente che siano in proprietà di uno straniero, passano ab-intestato agli eredi indicati dalla legge del suo paese d'origine, ma non dice se si segua la stessa norma quando quello straniero era domiciliato in Russia; e cita i trattati della Russia colla Grecia e coi Paesi Bassi, secondo i quali i litigi concernenti la successione del cittadino d'uno di questi Stati nel territorio dell'altro saranno giudicati secondo le leggi del paese dove la successione fu aperta; ma non dice se per luogo di apertura della successione si consideri quello del domicilio o quello della origine. Nei rapporti di diritto privato fra le varie provincie dell'impero rette da leggi diverse, alla successione mobiliare si applica la legge del domicilio. (1) Rispetto agli immobili poi il diritto ereditario degli stranieri è limitato in gran parte nei suoi effetti dal divieto recentemente esteso in molte provincie dell'impero agli stranieri di possedere beni immobili imponendo loro l'obbligo di alienarli contro un certo termine, obbligo che, combinato colla territorialità delle regole relative alla successione immobiliare, vige anche nel Messico. (2)

Nel Chilì invece la territorialità è assoluta per ogni specie di beni. (3)

732. — L'esposizione di tale varietà di criteri di diritto internazionale privato accolti nelle varie legislazioni basta a fornire un concetto dell'indole e della frequenza dei conflitti che ne derivano: fra gli Stati che ammettono l'unità e la personalità della successioue e quelli che distinguono fra mobili ed immobili il conflitto si produce su tutti gli elementi costitutivi della successione stessa; fra gli Stati invece della seconda maniera la successione immobiliare, nella prevalenza concordemente riconosciuta alla territorialità, non dà luogo a conflitti, ma rispetto a quella mobiliare come fra gli Stati della prima maniera rispetto a tutta la successione, le occasioni di conflitto derivano dal divario fra il principio del domicilio e quello della nazionalità. Fra l'Italia e la Fran-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, 467-471.

(2) V. *Memorial Dipl.* 19 Maggio 1888, e Böhm op. cit., Erganzungsband, pag. 159.

(3) Böhm l. c., Ergänzungsband pag. 166, e confr. pag. 687, 8; e Fabrès, Le droit int. privé dans la législation du Chilì. *Journal de. Dr. Int. Privé.*, 1887, pag. 140.

cia vi sarà specialmente conflitto rispetto alla successione immobiliare, ma nel caso di uno svedese domiciliato in Francia, anche fra la Svezia e la Francia vi sarà, prescindendo da speciali accordi convenzionali, conflitto rispetto al regolamento della successione mobiliare. Inoltre per tutta la successione se trattasi di un italiano domiciliato in Francia e per quella immobiliare se trattasi di un italiano che vi possedesse immobili senza esservi domiciliato, la distinzione per linee nell'ordine della successione darà alla sua volta luogo a conflitto ed a frazionamento della successione stessa: nel primo caso mentre di quella distinzione non si terrà verun conto nel nostro paese quanto ai beni che vi sono situati, (1) essa sarà adottata come criterio direttivo rispetto a tutti i beni situati in Francia; nel secondo caso tutti gli immobili ed i mobili situati in Italia insieme con tutti i mobili situati in Francia saranno attribuiti secondo le regole della legge nostra, mentre la parte immobiliare della sostanza lasciata in Francia soggiacerà alla legge francese; negli stessi casi il diritto di rappresentazione nei figli dell'indegno che è escluso dal codice francese (2) ed ammesso da quello italiano (3) sarà totalmente o parzialmente misconosciuto sui beni situati in Francia.

La stipulazione di accordi che eliminino del tutto la possibilità dei conflitti è naturalmente molto più agevole fra gli Stati della seconda maniera che non fra questi e gli altri: infatti ad essi, già d'accordo circa il punto più arduo ammettendo tutti la piena territorialità degli immobili, non resta se non a transigere sul criterio di personalità da adottarsi per la successione mobiliare. Perciò queste convenzioni sono le più frequenti: così nell'articolo 8 della convenzione già citata fra la Serbia e la Francia questa ammette per la successione mobiliare l'applicazione costante della legge nazionale abbandonando le disposizioni normali del suo diritto sulla legge del domicilio, come s'è indotta a fare con quelle stipulate colla Russia e colla Svizzera. (4) È vero che non mancano esempî di paesi che pur non ammettendo l'unità personale della successione s'indussero a stabilirla eccezionalmente nei loro rapporti rispettivi senza distinzione fra le varie specie di beni, basandola sulla legge na-

(1) C. c. it., art. 722. — (2) Art. 730. — (3) Art. 728.

(4) Amiaud, pag. 229, 230, e Zurcher, *Schweiz* nella *Rechtsverfolgung*. del Reuling, pag. 143.

zionale, (1) e che altrettanto è riuscito di ottenere all'Italia da vari Stati; (2) ma è vero altresì che l'Italia in altre convenzioni ha dovuto, per evitare conflitti e togliere la possibilità di sentenze pronunciate dai suoi giudici senza veruna passibilità di esecuzione nel luogo della situazione dei beni, riconoscere quanto agli immobili l'applicazione della legge territoriale ed ammettere qualche eccezione alla stessa applicazione della legge nazionale alla successione mobiliare quando siano interessati sudditi del paese (3) dov'è aperta la successione. Più completa nella forma benchè non del tutto logica in tutte le sue parti è la stipulazione contenuta nella convenzione del 6 Dicembre 1856 fra la Svizzera ed il Baden secondo la quale (4) se fra più persone che accampano pretese alla medesima eredità sorge un litigio, questo deve decidersi secondo le leggi del paese dove i beni si trovano; ma, se questi trovansi ripartiti fra i due paesi, dalla legge nazionale quando il defunto era cittadino d'uno dei due Stati contraenti, e da quella del domicilio, quando era cittadino di un terzo Stato.

La condizione attuale delle leggi e del diritto convenzionale persuade facilmente che il giorno in cui nei rapporti internazionali si ammetterà senza eccezione il regolamento uniforme di tutta la successione secondo la legge nazionale del defunto è ancora molto lontano; vi si oppone l'assoluta territorialità attribuita ancora da molte legislazioni a tutte le proprie disposizioni riguardanti gli immobili; vi si oppone in alcuni paesi ancora il concetto stesso che si ha della successione la quale, essendovi regolata diversamente secondo le varie specie di beni dalla stessa legge interna, non vi presenta nessuna necessità di regolamento unitario nel campo del diritto internazionale.

Tuttociò che Stati i quali abbiano adottato il principio sancito dall'articolo 8 preliminare del nostro codice devono tentare e possono ottenere, è di assicurare nel maggior numero possibile di Stati l'applicazione della legge nazionale alla successione mobiliare eliminando ogni eccezione fatta nell'interesse degli abitanti del ter-

(1) Germania e Grecia 26 Nov. 1881 art. 23; Germ. e Serb. 6 Genn. 1883 art. 19. Germ. e Bras. 10 Genn. 1882, art. 35 ap. Böhm l. c.

(2) Tunisia art. 22 del tratt. del 24 Sett. 1868, art. 29 del trattato col Brasile del 6 Agosto 1876.

(3) Convenz. italo-russa del 28 Aprile 1875, art. 10.

(4) Art. 6, Curti, l. c., pag. 111.

ritorio diverso dalla patria del defunto dove i beni in tutto od in parte si trovino. Questa territorialità alternativa che è basata sul solo motivo dell'interesse dei cittadini dello Stato abitanti del territorio, come lo dimostra la giurisprudenza francese che la fa valere anche fra coeredi francesi, (1) ma non la ammette a beneficio di coeredi stranieri contro coeredi stranieri, (2) non dovrebbe venir accolta in veruna convenzione accanto al principio del regolamento nazionale della successione mobiliare del defunto.

L'estensione generale anche alla successione immobiliare dello stesso impero della legge nazionale potrà ottenersi soltanto dopo molto tempo, quando cioè lo sviluppo universale della ricchezza mobiliare abbia persuaso i legislatori che i principî sanciti riguardo ai mobili possono ammettersi senza pericolo anche riguardo agli immobili; quando, scomparse dovunque dal diritto interno le regole speciali di successione che qua e là ancora sussistono circa gli immobili, la successione si presenti nei diritti particolari di tutti i paesi con quel carattere di unità che è indispensabile per poter render possibile l'aspirazione all'unità del suo regolamento internazionale, e quando, affermata dovunque la territorialità di quelle leggi relative alle cose ed alle persone che interessano nelle sue basi la vita politica, economica e morale dello Stato, questo non ravvisi più nel carattere immobiliare delle cose situate nel proprio territorio una ragione assoluta per imporvi senza eccezione anche al di là di quei limiti le sanzioni della propria legge.

733. — Dalla successione intestata passando a considerare quella testamentaria, la varietà dei criteri accolti nei diversi paesi ed i conseguenti conflitti che ne derivano sono per quanto si riferisce alla validità intrinseca del testamento, la conseguenza dei principî rispettivamente accolti rispetto a quella intestata, mentre, per quanto riguarda la capacità del testatore e la forma dell'atto si collegano colle norme generali sancite circa lo stato o la capacità della persona, (3) e le forme esterne degli atti. (4)

La facoltà di testare è considerata in molti paesi come un attributo così essenziale nell'uomo che, a differenza di tante altre

(1) Tribunale civile di Bordeaux, 29 Nov. 1882, *Journal de Dr. Int. Privé* 1883, pag. 296-8.

(2) Trib. civ. de Saint-Palais, 19 Genn. 1884, Dunager c. Favier.

(3) V. vol. II, pag. 242 e segg. — (4) V. pag. 547-556.

emanazioni della attività giuridica dell'individuo, essa vien riconosciuta anche prima dell'età maggiore da varie legislazioni le quali, determinandola un po' più vicino o più lontano dal limite normale della età maggiore, risultano rispetto alla capacità testamentaria molto più diverse che non rispetto al regolamento della capacità in generale. Le norme di diritto interno rispetto all'una combinano con quelle relative all'altra nel diritto inglese che mentre, fino al 1838, richiedeva secondo i principî del diritto romano, quattordici anni di età per gli uomini e dodici per le donne, da quell'anno richiede ventun'anni compiuti per gl'individui d'entrambi i sessi; ai minori vengono pareggiati coloro che sono affetti da imbecillità o da demenza e quelli la cui libertà di testare è impedita da condanna penale; la donna maritata era pure privata del diritto di far testamento, ma tale sua condizione venne essenzialmente modificata da una legge del 1870. (1) La stessa regola oltrechè per la sanità di mente vige anche l'età circa la disposizione della proprietà personale e reale nel Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Rhode Island, Nuova York, Nuova Jersey, Pennsylvania, Ohio, Indiana, Michigan, Wisconsin, Delaware, Virginia, Virginia Occidentale, Carolina del Nord, Kentucky, Texas, Oregon, (coll'eccezione dell'età di 18 anni per le donne), Wyoming, Carolina del Sud, Alabama, Mississipi, Florida e Arizona; nel Kentucky però chi non abbia compiuto il ventunesimo anno può far testamento quando ne abbia ottenuto speciale autorizzazione. (2)

In Italia non si richiede la maggiore età perchè si possa fare testamento, ma soltanto l'età di diciotto anni compiuti; sono riputati inoltre incapaci gli interdetti per infermità di mente e coloro dei quali, quantunque non interdetti, si provi che non siano stati sani di mente quando fecero il testamento; (3) la stessa età è richiesta nel regno dei Paesi Bassi. (4) Secondo il codice austriaco è permesso di far testamento alla stessa età, ma a chi sia pubere e non abbia ancora compiuto il diciottesimo anno è pure concesso di testare, però non alle stesse condizioni dei maggiorenni; in tal caso si può testare soltanto alla presenza del giudice; (5) inoltre

(1) V. pag, 155, 6 e Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 653, 4.
(2) Stimson, l. c., pag. 345.
(3) C. c. it., art. 762. — (4) C. c. neerland., art. 944.
(5) C. c. austr., § 569.

è nullo il testamento di chi fosse in istato di furore, di demenza, di imbecillità o di ebrietà al momento della disposizione. (1)

L'età di diciott'anni è pure ammessa come sufficiente per gli uomini e per le donne nubili nel Vermont, Illinois, Jowa, Minnesota, Nebraska, Maryland, Missuri, Arkansas, Colorado, Washington, e per tutti senza distinzione nel Connecticut, California, Nevada, Kansas, Dakota, Montana, ed Utah, ed eccezionalmente nel Wisconsin per le donne maritate. (2) Le leggi dello Stato di Nebraska per le donne maritate ed il codice francese (3) per le persone d'entrambi i sessi, determinano ai sedici anni l'età minima alla quale si può far testamento; però il francese che abbia superato il sedicesimo anno ma non ancora raggiunta la maggiore età non può disporre (4) di più della metà dei propri beni. Nella Scozia si richiedono quattordici anni per gli uomini e dodici per le donne; l'infermità di mente non è una causa di invalidità del testamento purchè il testatore fosse *compos sui* nel momento in cui fece la disposizione; quando tali circostanze si verifichino anche l'interdizione per infermità di mente lascia intatta la capacità di testare, nè il testatore ha bisogno dell'intervento del suo tutore; (5) il codice portoghese richiede invece l'età di quattordici anni così per l'uno come per l'altro sesso e reputa incapaci coloro che non fossero in perfetto stato di mente « não estiveren em seu perfeito juizo » ; (6) così è stabilito anche dalle leggi dello Stato di Georgia; (7) ed il diritto spagnuolo mantiene, d'accordo in ciò con quello scozzese e con quello del Nuovo Messico, (8) i limiti di età secondo i principî del diritto romano (9) riconoscendo la validità del testamento fatto dagli alienati durante un lucido intervallo, ma dichiarando incapaci i prodighi a cominciare dalla data della sentenza che proibisce loro di alienare i loro beni.

734. — Nel caso di un testamento che disponga di beni situati in più territorî il primo requisito che fa d'uopo determinare è la capacità del testatore e la legge secondo la quale debba ricercarsene l'esistenza. A tale riguardo il codice italiano riconosce

(1) § 566, 7.
(2) Stimson, l. c., pag. 345. — (3) C. c. fr., art. 903.
(4) Art. 904. — (5) Lorimer, l. c., pag. 207, 8.
(6) C. c. port., art. 1764. — (7) Stimson, l. c., pag. 345.
(8) Stimson, l. c., pag. 345.
(9) Lehr, *Dr. Civ. Esp.* pag. 428, 9.

l'assoluta prevalenza della legge nazionale del testatore, riferendosi anche alla capacità di testare la disposizione dell'articolo 6 preliminare relativa alla capacità in generale. Lo stesso principio è pure ammesso dal diritto francese nel quale sussiste però sempre il dubbio di un'eccezione ignota al diritto nostro circa gli stranieri regolarmente domiciliati in Francia; (1) ma senza veruna eccezione riguardo agli immobili esistenti in Francia la cui situazione potrà influire sull'indole e la misura delle disposizioni ma non già sulla capacità in genere dello straniero a fare un testamento; (2) la legge nazionale indipendentemente dal domicilio dello straniero è adottata come regolatrice della capacità nel trattato franco-svizzero del 1869, (3) dall'articolo 1765 del codice portoghese, e risulta adottata anche dalla giurisprudenza spagnuola, (4) e, senza dilungarci in inutili ripetizioni, dagli altri diritti che riconoscono la capacità personale regolata dalla legge nazionale. Così in Germania, in Inghilterra e negli Stati Uniti si bada alla legge dell'ultimo domicilio.

Secondo alcuni autori parrebbe però che non solo in America ma anche in Inghilterra, quando si tratta di beni immobili la capacità di disporre s'intenda regolata dalla legge della situazione; (5) il Martens invece (6) accusa la giurisprudenza inglese di peccare in tal caso d'inconseguenza nel senso della personalità anche quando si tratta di immobili. « Par exemple, egli dice, les tribunaux anglais ne permettent pas d'appliquer aux immeubles dependants de la succession d'un étranger décédé en Angleterre la loi de son pays, s'il s'agit d'une succession *ab intestat;* mais ils respectent les volontés du défunt même par rapport à des immeubles situés en Angleterre, si elles sont consignées dans un testament ». A me pare che il diritto inglese non presenti nè tanta territorialità, nè tanta personalità nel regolamento internazionale della capacità del testatore; giova distinguere questa capacità in genere a fare un te-

(1) Weiss, l. c., pag. 859 e *Journal de Dr. Int. Privé,* 1884, pag. 192, 3.

(2) Laurent, op. c., vol. VI, pag. 463, 4.

(3) Curti, l. c., pag. 107.

(4) Torres Campos. Principios de Derecho Internac. Privado. Madrid. Arrauz, 1883, cap. II.

(5) Field, art. 594; Story § 472; Tristram, Domicile as regulating testamentary and matrimonial rights. Association's Report. 1881, pag. 135 e segg.

(6) Vol. II, pag. 455, 6.

stamento, dal suo modo d'esplicarsi nel contenuto del testamento stesso; dal primo punto di vista si ricorre alla legge del domicilio; e soltanto rispetto al contenuto del testamento prevale, quando si tratta di immobili, la legge della situazione.

Indipendentemente dalla situazione dei beni e dal domicilio della persona sancisce la territorialità rispetto agli stranieri il diritto chileno che giudica la loro capacità secondo la legge del luogo dove l'atto giuridico di cui si tratta fu compiuto, mentre ritiene imperative anche all'estero quanto ai chileni le leggi patrie relative alla capacità rispetto agli atti che debbano produrre effetti giuridici nel territorio chileno. (1)

735. — Data la capacità della persona a far testamento, è necessario giudicare del contenuto del testamento stesso, esaminare cioè in quanto, rispetto a questo, la libertà delle disposizioni individuali debba intendersi contemperata da quelle della legge che sottragga nell'interesse di determinate persone una parte maggiore o minore dei beni all'arbitrio dell'individuo che li possiede e ne dispone, ed in quanto quella libertà trovisi limitata oltrechè nei riguardi della misura anche in quelli dell'indole delle disposizioni stesse. Dal primo punto di vista la sostanza del defunto si distingue dalla maggior parte delle leggi particolari, quando gli sopravvivano certe persone della sua famiglia, in legittima e disponibile; dal secondo il modo di disporre di quella sostanza deve distinguersi in lecito ed illecito; e dall'uno e dall'altro punto di vista poichè le leggi son tanto varie ed i beni di una successione possono essere situati in più territori, è necessario indagare secondo quale fra quelle norme debba ricercarsi la validità del contenuto d'un determinato testamento. Dal diritto inglese secondo il quale il padre di famiglia è completamente libero nelle proprie disposizioni testamentarie senza che contro il contenuto di queste possono pretendere a qualsiasi parte gli stessi suoi figli, (2) al diritto vigente nel Montenegro fino alla pubblicazione del nuovo codice secondo il quale il testatore è libero nella disposizione dei beni da lui acquistati, ma deve dividere in parti eguali fra i figli quelli pervenutigli dal padre o dall'avo, leggi oltre-

(1) Fabrès, Le droit international privé dans la législation du Chili. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 139.

(2) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 119.

modo diverse si incontrano rispetto al concetto ed alla determinazione della legittima, fra le quali un solo e generico principio si può notare come comune: che cioè quando essa viene costituita lo è solo a profitto dei parenti più prossimi specialmente discendenti od ascendenti, senza verun riguardo ai più lontani.

Il codice serbo (1) riserva una metà della sostanza a favore dei figli, non ammettendo ad invocare tale diritto le femmine se non in mancanza di prole maschile; in Scozia un terzo od una metà della sostanza mobiliare è riservata quando il defunto aveva moglie o figli; il primogenito di questi però non può concorrere in tale legittima mobiliare se non quando collazioni quanto ricevette sugli immobili per diritto di primogenitura; (2) in Portogallo la legittima è di due terzi se il testatore ha lasciato discendenti o genitori e di un terzo se ha lasciato altri ascendenti; (3) in Spagna i discendenti hanno diritto ai quattro quinti, gli ascendenti ai due terzi. (4) Secondo il codice francese ed olandese un figlio legittimo od i suoi discendenti hanno diritto alla metà dei beni del disponente, due figli a due terzi, tre o più figli a tre quarti, (5) gli ascendenti che sopravvivono in ciascuna delle due linee al testatore avranno diritto alla metà dei beni (6) e se sopravvivono ascendenti in una sola linea al quarto; il codice italiano invece riserva a profitto dei figli del testatore e dei loro discendenti la metà dei beni qualunque ne sia il numero, (7) od un terzo a profitto degli ascendenti; (8) il codice austriaco assicura ai discendenti la metà (9) ed agli ascendenti un terzo (10) di quanto sarebbe loro pervenuto per successione intestata; in Prussia gli ascendenti hanno diritto a metà della porzione legale; i discendenti, se non sono più di due, ad un terzo; se sono tre o quattro alla metà e se sono più di quattro, a due terzi di quella; (11) nei paesi tedeschi dov'è in vigore il diritto comune non più di quattro eredi necessarî hanno diritto ad un terzo, cinque o più alla metà; e sono eredi necessarî i discendenti, gli ascendenti ed anche i fratelli se il defunto avesse istituita erede una persona indegna; (12) in Sassonia la legittima corrisponde ad un terzo della porzione legale, ed alla metà quando trattasi di discendenti e con-

(1) Art. 477. — (2) Lorimer, pag. 208-212.
(3) C. c. port., art. 1784-8. — (4) Lehr, *Dr. Civ. Esp.* pag. 430.
(5) C. c. fr., art. 913. — (6) Art. 915. — (7) C. c. it. Art. 805.
(8) Art. 807. — (9) § 765. — (10) § 766.
(11) Altsmann nel Reuling, pag. 43. — (12) L. c., pag. 46.

corrono cinque o più eredi. (1) Alcuni fra gli Stati Uniti stabiliscono pure una legittima a profitto dei figli. (2).

Colla stessa liberalità colla quale il nostro diritto tratta il coniuge superstite nella successione intestata, provvede alle sue ragioni anche in quella testamentaria: concorrendo con figli legittimi o con loro discendenti esso ha diritto all' usufrutto di una porzione eguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge; (3) se concorre con ascendenti ha l'usufrutto del quarto, e, se non concorre nè con discendenti nè con ascendenti aventi diritto a legittima, gli spetta quella del terzo; (4) il codice austriaco invece come quello francese non assicura al coniuge un diritto a legittima, ma soltanto il mantenimento finchè non passi ad altre nozze quando non sia stato convenuto qualche provvedimento pel caso in cui rimanesse superstite; nei paesi prussiani dove vige la separazione dei beni al coniuge superstite spetta come legittima la metà della quota che gli sarebbe spettata per successione intestata; in Sassonia il coniuge che concorre con discendenti può pretendere come legittima tutta la porzione che gli spetterebbe in tal caso nella successione intestata; quando concorre con eredi della quarta classe la metà, e con quelli della seconda della terza due terzi della porzione legale. (5) In Russia sui beni famigliari spetta al coniuge la porzione del settimo attribuitagli nella successione intestata; quando invece si tratti di beni immobili acquisiti e di mobili il testatore è libero di disporre a proprio talento ed il coniuge sopravvivente non vi concorre in quelle proporzioni se non in quanto non ne sia stato disposto altrimenti per testamento. (6)

Rispetto alla legittima dei figli naturali si riscontra la stessa diversità di disposizioni che trovasi rispetto ai loro diritti alla successione intestata. I paesi che li pareggiano ai figli legittimi rispetto alla madre e li ritengono persone estranee nei riguardi del padre, nulla presentano di speciale sotto questo rispetto in confronto di quanto si disse della successione intestata; il nostro codice stabilisce la loro legittima a metà della porzione legale se concorrono con ascendenti o discendenti legittimi e se concorrono con altri eredi a due terzi,

(1) Pag. 47. — (2) Stimson, pag. 351.
(3) C. c. it., art. 812. — (4) Art. 813, 4. — (5) Pag. 47, 8.
(6) C. c. russo, art. 1148.

aggiungendo che nel primo caso la loro parte deve detrarsi dalla disponibile così che non diminuisca quella dei discendenti o degli ascendenti legittimi; (1) all'incontro il codice francese trascura nel regolamento della successione legittima i figli naturali, ed il codice austriaco ammettendoli come successori necessarî della madre ma non del padre li compensa (2) in piccola parte di tale sfavore collo stabilire che « l'obbligo di alimentare e collocare i figli illegittimi passa, come ogni altro debito, agli eredi dei genitori ».

Limiti alla libertà delle disposizioni che si riferiscono non già alla misura ma all'esistenza stessa di quelle, sono pure variamente accolti dalle diverse legislazioni. Il nostro codice, ritenendo nulla (3) ogni disposizione a favore di persone incerte ritiene nulle egualmente le disposizioni espresse (4) genericamente per l'anima o a favore dell'anima; il codice portoghese (5) limita tale divieto alla maggior parte dei beni; il diritto spagnuolo (6) ammette quella specie di disposizioni; il nostro codice volendo impedire in tutti i modi lo stabilimento della manomorta dichiara nulle (7) le disposizioni ordinate al fine di istituire o dotare benefizi semplici, cappellanie laicali, ed altre simili fondazioni; così nel diritto inglese le disposizioni a favore di società di beneficenza sono valide, salvo alcune eccezioni, solo quanto ai beni mobili, mentre in quanto si riferiscano a beni immobili sono caduche eccettuato il caso che per espresso desiderio del testatore vi intervenga la equità. (8) Il diritto spagnuolo non proibisce le disposizioni a favore degli istituti religiosi quando a questi sia stata riconosciuta la personalità giuridica. Rispetto alle sostituzioni, mentre il diritto inglese e quello spagnolo con altri già citati (9) permette quelle fedecomissarie; il codice francese (10) le proibisce, ma fa al proprio divieto alcune eccezioni. (11) « I beni dei quali il padre e la madre hanno diritto di disporre, potranno essere dati da essi in tutto od in parte ai loro figli per atto tra vivi o testamentario coll'incarico di restituirli ai discendenti nati o da nascere al primo grado soltanto dai donatori; inoltre in caso di morte senza figli, sarà valida la dispo-

(1) Art. 815-8. — (2) § 171.
(3) Art. 830. — (4) Art. 831. — (5) Art. 675.
(6) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 438.
(7) Art. 833. — (8) Pavitt, pag. 108.
(9) V. pag. 469-473. — (10) Art. 896. 7.
(11) Art. 1004, 8, 9.

sizione a profitto d'uno o più fratelli o sorelle, di tutto o di parte dei beni che non sono riservati dalla legge nella successione coll'incarico di restituirli ai discendenti nati o da nascere, in primo grado soltanto, da quelli eredi ». Il codice italiano invece che permise d'altronde di lasciare immediatamente ai figli nascituri di una persona vivente, non riprodusse tali istituzioni fedecommissarie eccezionali del diritto francese che sono colpite perciò in Italia dal divieto generale dell'articolo 899; però mentre nel diritto francese (1) la nullità della sostituzione porta seco quello della disposizione, questa nelle parti che non riguardano quella, resta valida secondo il codice italiano; nello stesso senso la legge del Maryland dispone che nessun testamento possa contraddire alle leggi contro le perpetuità od altrimenti creare sopra un fondo, limitazioni non ammesse dalla legge. (2) Al divieto di disporre a favore di persone non concepite è fatta eccezione dal codice italiano (3) a favore dei figli immediati d'una determinata persona (4) vivente al tempo della morte del testatore senza distinguere se quei figli siano legittimi o naturali; secondo il diritto inglese invece le disposizioni a favore dei nascituri d'una donna non possono intendersi se non relative ai suoi figli legittimi. (5)

736. — Nel giudicare del contenuto del testamento nel campo delle relazioni internazionali, si riscontra come un principio d'armonia che si potrebbe dir negativo prevalga nelle legislazioni dei paesi civili; non si bada cioè, a differenza da quanto avviene per la validità intrinseca delle obbligazioni, al diritto vigente nel luogo dove il testamento fu fatto. Infatti pur prescindendo dalle difficoltà che certe forme di testamenti generalmente ammesse opporrebbero alla prova del luogo della redazione, un motivo più essenziale consiglia a non badare alla legge vigente in questo territorio. Trattasi di un atto connesso coi più sacri diritti dell'individuo e coi più essenziali rapporti famigliari; mentre coll'obbligazione viene creato un rapporto in un determinato luogo e la volontà dei contraenti si sottopone creandovelo alla legge che vi è in vigore, il testamento regola un rapporto che è preesistente alla disposizione testamentaria e che ha già prima di questa la propria sede ben definita. Perciò quell'impero della legge della

(1) Art. 896. — (2) Stimson, l. c., pag. 350. — (3) Art. 764.
(4) Cfr. cod. port., art. 1777. — (5) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 676, 7.

persona che quanto al contenuto delle obbligazioni è ammesso dai criteri di diritto internazionale privato accolti in vari paesi come un'eccezione, si presenta come logicamente normale per quanto riguarda il contenuto del testamento. Rispetto a questo la legge del luogo dove ne avviene la redazione perde ogni efficacia ed il regolamento non può essere disputato se non fra la legge del luogo cui appartiene il testatore e quella del luogo dove i beni dei quali egli dispone trovansi situati.

È appunto dalla diversa proporzione di influenza riconosciuta a queste due leggi che derivano le cause di conflitto circa il contenuto dei testamenti. Il massimo di influenza riconosciuto alla legge nazionale risulta nel nostro paese dall'articolo 8 del titolo preliminare che estende anche all'intrinseca validità delle disposizioni testamentarie le disposizioni sancite circa l'ordine di quelle legittime, e dall'articolo 9 secondo il quale la sostanza e gli effetti delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazionale dei disponenti; tale è anche la soluzione adottata dal progetto belga, (1) dal trattato portoghese-brasiliano, (2) dagli altri trattati analoghi citati parlando della successione intestata, e dalla giurisprudenza spagnuola. (3) Così le disposizioni della legge straniera circa la legittima e circa l'indole delle disposizioni vietate saranno applicate in Italia nel giudicare della validità d'un testamento lasciato da uno straniero anche per quanto riguarda i suoi beni situati in territorio italiano; il figlio naturale di un francese non potrebbe per esempio pretendere sui beni del padre non situati in Italia se non a quella porzione che gli è attribuita dalla legge francese; nè il fatto che un nazionale testando all'estero siasi riferito alle forme proprie di una legge straniera limita punto rispetto al contenuto l'impero della sua legge nazionale; in tal senso si pronunciò il tribunale di Bordeaux in quei limiti nei quali il diritto francese ammette l'impero assoluto della legge nazionale rispetto al testamento di un francese fatto all'estero. (4)

In Germania si tien conto colla stessa larghezza della legge del domicilio del testatore; (5) il tribunale dell'Impero nel pronun-

(1) *Revue de Dr. Int. Pr.*, 1886, pag. 464 e segg.
(2) *Ann. de Lég. Étrang.* 188, pag. 419, 420.
(3) Laurent, vol. VI, pag. 284, 5.
(4) *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1883 pag. 631.
(5) Savigny. § 377, Laurent, VI, pag. 459.

ciarsi in favore di questa legge il 29 Gennaio 1883 (1) escludeva espressamente l'applicazione della legge nazionale. Trattavasi di una svedese domiciliata a Stoccolma che reclamava come nipote ed unica discendente di uno svedese morto a Francoforte sul Meno la legittima secondo il diritto colà vigente. Gli eredi testamentari sostenevano doversi applicare il diritto svedese non avendo il defunto perduta la nazionalità svedese, ed avendo, in modo valido secondo questo diritto, la madre della attrice rinunciato, come tutrice della figlia, fino dal 1859 alla successione degli avi. L'attrice rispondeva che della rinuncia alla successione futura non poteva tenersi conto essendo essa nulla secondo il diritto francofortese. I tribunali germanici riconobbero le ragioni di lei in tutti i gradi di giurisdizione perchè il defunto essendo domiciliato a Francoforte la legittima dovea venire determinata secondo il diritto francofortese.

La stessa prevalenza del domicilio sulla nazionalità che notammo come ammessa in un certo grado circa la successione intestata, è ammessa in Francia quanto al contenuto del testamento. Il tribunale civile della Senna (2) ordinò la determinazione della legittima nella successione testamentaria di un russo domiciliato in Francia secondo le leggi francesi. Giova notare però che mentre in questo caso il tribunale della Senna applicava la propria legge perchè il defunto era stato con un decreto del 1867 autorizzato a stabilire il proprio domicilio in Francia; il tribunale dell'impero tedesco applicando la legge tedesca alla successione testamentaria d'uno straniero nel caso antecedente affermava che « non dovevasi ricercare se gli fosse stata data la concessione di stabilire il domicilio a Francoforte o se vi avesse ottenuto un permesso di soggiorno, perchè il domicilio è una condizione di fatto che non dipende punto dalla concessione di un tale permesso e che anche quando manchi tale autorizzazione l'intenzione di fissare la propria residenza definitiva in un luogo determinato basta a creare il domicilio ». Dal confronto fra il criterio adottato dalla legge italiana e quello preferito in Francia ed in Germania e fra i concetti diversi del domicilio con preferenza adottati dai tribunali di

(1) Entscheid. des Reichsgerichts in Zivilsachen vol. VIII, pag. 116.

(2) 21 Luglio 1883 Veuve Duloup, c. Duloup, *Journal de Dr. Int. Pr.* 1884, pag. 405-8 e *Revue Critique*, 1883 pag. 1 e 2.

questi due paesi, risulta la proporzione di conflitti che possono manifestarsi anche nel caso in cui si intenda dare nel giudizio del contenuto d'un testamento, il massimo possibile d'influenza alla legge personale.

In tutti questi paesi tale influenza trova poi un limite necessario nelle disposizioni legislative relative alle cose che interessano l'organizzazione economica dello Stato, come quelle del nostro diritto che proibiscono le sostituzioni fedecomissarie, e nelle disposizioni relative alle persone che interessano l'ordine politico e morale della società come il principio dell'eguaglianza religiosa proclamato dal nostro paese che impedirebbe di tener conto d'una diseredazione pronunciata da uno straniero per causa di apostasìa.

737. — Ma un limite molto più grave è arrecato dai diritti di molti paesi nel tempo stesso che all'impero della legge personale, all'unità di giudizio nel contenuto del testamento in quanto questo riguarda beni immobili. In Francia sotto questo rispetto si giunge a seconda delle circostanze a quattro soluzioni diverse.

Se trattasi di un Francese che, anche stabilito fuori della Francia, non abbia perduta la nazionalità rinunciando ad ogni proposito di ritorno, si ritiene applicabile a tutta la sua successione la legge nazionale francese. Se trattasi di uno straniero non domiciliato in Francia che abbia disposto in modo non ammesso dalla legge francese di immobili non situati in Francia, del contenuto del suo testamento si giudica secondo i principî accolti dalla legge nazionale di lui: così decise la corte d'appello di Parigi (1) a proposito del testamento di un'americana nel quale si conteneva l'istituzione d'un fedecomesso su immobili non situati in Francia; in tal caso nemmeno rispetto alle conseguenze in se stesse lecite di quella disposizione che potevano prodursene in Francia il tribunale francese trovò motivo di dichiararne la nullità. (2) Se trattasi di uno straniero regolarmente domiciliato in Francia, il contenuto delle sue disposizioni vi è giudicato secondo la legge francese rispetto a tutti i suoi beni. (3) Quando infine è uno straniero non domiciliato in Francia che dispone di una sostanza situata in quel

(1) Heutsch e Curdy, 7 Agosto 1883 *Journ. de dr. int. pr.* 1884, pag. 192, 3.

(2) Art. 896, C. C. Fr. — (3) *Journ. de dr. int. pr.* 1884, pag. 40,67.

territorio, allora le condizioni di validità delle sue disposizioni circa i mobili si ritengono determinate dalla sua legge nazionale anche se egli si trovasse domiciliato in un terzo territorio, ma quelle relative agli immobili situati in Francia dalla legge francese. (1)

Invano il Bertauld (2) sostiene l'applicazione da parte del diritto francese della legge nazionale; tutta la giurisprudenza del suo paese gli è contraria. In tal caso si vede l'opportunità di distinguere, dal punto di vista del diritto internazionale, quanto riguarda la capacità del testatore da quanto si riferisce al contenuto del testamento: supposti infatti uno scozzese ed uno spagnuolo non domiciliati in Francia che avessero fatto un testamento essendo infermi di mente, ma durante un lucido intervallo, essi sarebbero ritenuti capaci a disporre anche in Francia e perciò il loro testamento, dal punto di vista della capacità del testatore, sarebbe valido; ma rispetto agli immobili situati in territorio francese il contenuto delle loro disposizioni dovrebbe essere limitato nei riguardi della legittima, delle sostituzioni e delle altre disposizioni vietate dalla legge francese. Altrettanto può dirsi del diritto inglese: la capacità a testare si giudica in Inghilterra secondo la legge personale, ma l'estensione e la misura delle disposizioni relative agli immobili, secondo la legge della situazione. Così giudicò nel 1885 la divisione della cancelleria dell'alta corte di giustizia a proposito della successione di una spagnuola. (3) Una inglese aveva sposato nel 1882 in Inghilterra uno spagnuolo ed aveva perciò acquistato la nazionalità spagnuola ed il domicilio spagnuolo del marito. Prima del matrimonio essa aveva rinunciato a tutti i diritti che avrebbe potuto acquistare sui beni di quest'ultimo. Essendo essa morta senza prole lasciando quattro quinti dei proprî beni al marito ed un quinto ai proprî fratelli; i genitori di lei domandarono i due terzi dei beni che in tal caso formano la legittima dei genitori secondo il diritto spagnuolo; ma la loro domanda venne respinta non potendo ritenersi regolati i loro diritti sugli immobili della figlia situati in Inghilterra se non che dal diritto inglese.

(1) Fiore, *Dir. Int. Priv.* II ed., pag. 630 e Trib. della Senna, 4 Marzo 1885 Einhorn, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 88, 9.

(2) Questions de code Napoléon vol. I, n° 99.

(3) 19 Maggio 1885, Hernando y Harcoyo c. Sawtell, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1886, pag. 228-230.

738. — In Francia poi ai molti limiti posti all'impero della legge personale dello straniero sul contenuto del testamento in quanto riguarda gli immobili, si aggiungono, anche rispetto ai mobili, quelli derivanti dalla sollecitudine per l'interesse dei francesi di cui è un esempio la legge del 1819 (1) per effetto della quale la successione regolata normalmente dalla legge del defunto si fa regolare eccezionalmente da quella dell'erede. In questo senso decisero recentemente i tribunali francesi a proposito della successione mobiliare di un tedesco non domiciliato legalmente in Francia. Federico Meyer nato ad Amburgo nel 1788 e stabilitosi a Bordeaux nel 1805 vi morì nel 1878 lasciando una figlia ed un nipote nato da un figlio premorto. Nel suo testamento egli diceva che, nato tedesco, non aveva mai rinunciato a tale nazionalità e che intendeva dovesse essere regolata la propria successione dalle leggi patrie favorendo di quanto queste gli permettevano la figlia e non lasciando alla nipote se non la legittima del sesto. La nipote che, in seguito al matrimonio con un francese aveva acquistato la nazionalità di lui, invocava a proprio favore i termini della convenzione matrimoniale del proprio padre nella quale Federico Meyer e sua moglie avevano dichiarato di interdirsi la facoltà di procurare verun vantaggio agli altri figli nella loro successione futura, e vi ravvisava una promessa di eguaglianza che, secondo l'articolo 1080 del codice civile francese doveva considerarsi come fatta in favore dei nascituri del matrimonio e di cui essa poteva per conseguenza invocare il beneficio. L'altra figlia obbiettava che secondo la legge amburghese quella promessa era nulla, ma il tribunale di Bordeaux con una sentenza dell' 11 Febbraio 1880 attribuì metà della successione alla nipote argomentando dalla legge del 14 Luglio 1819 che la nipote come francese potesse invocare il beneficio della donazione del 1849 quantunque questa fosse nulla secondo la legge amburghese. La corte di Bordeaux confermò tale decisione il 18 Gennaio 1881 affermando che la successione di uno straniero in Francia quando un francese vi è chiamato, debba essere divisa secondo la legge francese, affinchè l'erede francese vi consegua l'attribuzione di quella quota che risulta dalla legge del 1819; e che la promessa di eguaglianza fatta da quello straniero in Francia dovesse considerarsi come una istituzione contrattuale

(1) V. vol. II, pag. 196.

territorio, allora le condizioni di validità delle sue disposizioni circa i mobili si ritengono determinate dalla sua legge nazionale anche se egli si trovasse domiciliato in un terzo territorio, ma quelle relative agli immobili situati in Francia dalla legge francese. (1)

Invano il Bertauld (2) sostiene l'applicazione da parte del diritto francese della legge nazionale; tutta la giurisprudenza del suo paese gli è contraria. In tal caso si vede l'opportunità di distinguere, dal punto di vista del diritto internazionale, quanto riguarda la capacità del testatore da quanto si riferisce al contenuto del testamento: supposti infatti uno scozzese ed uno spagnuolo non domiciliati in Francia che avessero fatto un testamento essendo infermi di mente, ma durante un lucido intervallo, essi sarebbero ritenuti capaci a disporre anche in Francia e perciò il loro testamento, dal punto di vista della capacità del testatore, sarebbe valido; ma rispetto agli immobili situati in territorio francese il contenuto delle loro disposizioni dovrebbe essere limitato nei riguardi della legittima, delle sostituzioni e delle altre disposizioni vietate dalla legge francese. Altrettanto può dirsi del diritto inglese: la capacità a testare si giudica in Inghilterra secondo la legge personale, ma l'estensione e la misura delle disposizioni relative agli immobili, secondo la legge della situazione. Così giudicò nel 1885 la divisione della cancelleria dell'alta corte di giustizia a proposito della successione di una spagnuola. (3) Una inglese aveva sposato nel 1882 in Inghilterra uno spagnuolo ed aveva perciò acquistato la nazionalità spagnuola ed il domicilio spagnuolo del marito. Prima del matrimonio essa aveva rinunciato a tutti i diritti che avrebbe potuto acquistare sui beni di quest'ultimo. Essendo essa morta senza prole lasciando quattro quinti dei proprî beni al marito ed un quinto ai proprî fratelli; i genitori di lei domandarono i due terzi dei beni che in tal caso formano la legittima dei genitori secondo il diritto spagnuolo; ma la loro domanda venne respinta non potendo ritenersi regolati i loro diritti sugli immobili della figlia situati in Inghilterra se non che dal diritto inglese.

(1) Fiore, *Dir. Int. Priv.* II ed., pag. 630 e Trib. della Senna, 4 Marzo 1885 Einhorn, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 88, 9.

(2) Questions de code Napoléon vol. I, n° 99.

(3) 19 Maggio 1885, Hernando y Harcoyo c. Sawtell, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1886, pag. 228-230.

738. — In Francia poi ai molti limiti posti all'impero della legge personale dello straniero sul contenuto del testamento in quanto riguarda gli immobili, si aggiungono, anche rispetto ai mobili, quelli derivanti dalla sollecitudine per l'interesse dei francesi di cui è un esempio la legge del 1819 (1) per effetto della quale la successione regolata normalmente dalla legge del defunto si fa regolare eccezionalmente da quella dell'erede. In questo senso decisero recentemente i tribunali francesi a proposito della successione mobiliare di un tedesco non domiciliato legalmente in Francia. Federico Meyer nato ad Amburgo nel 1788 e stabilitosi a Bordeaux nel 1805 vi morì nel 1878 lasciando una figlia ed un nipote nato da un figlio premorto. Nel suo testamento egli diceva che, nato tedesco, non aveva mai rinunciato a tale nazionalità e che intendeva dovesse essere regolata la propria successione dalle leggi patrie favorendo di quanto queste gli permettevano la figlia e non lasciando alla nipote se non la legittima del sesto. La nipote che, in seguito al matrimonio con un francese aveva acquistato la nazionalità di lui, invocava a proprio favore i termini della convenzione matrimoniale del proprio padre nella quale Federico Meyer e sua moglie avevano dichiarato di interdirsi la facoltà di procurare verun vantaggio agli altri figli nella loro successione futura, e vi ravvisava una promessa di eguaglianza che, secondo l'articolo 1080 del codice civile francese doveva considerarsi come fatta in favore dei nascituri del matrimonio e di cui essa poteva per conseguenza invocare il beneficio. L'altra figlia obbiettava che secondo la legge amburghese quella promessa era nulla, ma il tribunale di Bordeaux con una sentenza dell' 11 Febbraio 1880 attribuì metà della successione alla nipote argomentando dalla legge del 14 Luglio 1819 che la nipote come francese potesse invocare il beneficio della donazione del 1819 quantunque questa fosse nulla secondo la legge amburghese. La corte di Bordeaux confermò tale decisione il 18 Gennaio 1881 affermando che la successione di uno straniero in Francia quando un francese vi è chiamato, debba essere divisa secondo la legge francese, affinchè l'erede francese vi consegua l'attribuzione di quella quota che risulta dalla legge del 1819; e che la promessa di eguaglianza fatta da quello straniero in Francia dovesse considerarsi come una istituzione contrattuale

(1) V. vol. II, pag. 196.

ammessa dal codice civile. La corte di cassazione confermò i giudicati antecedenti il 20 Febbraio 1882. (1)

Il Renault (2) critica tali sentenze, ma l'indole e la misura della critica servono a completare il concetto delle proporzioni in cui il diritto francese per tutelare l'interesse dei sudditi respinge l'applicazione della legge straniera anche dove normalmente suole applicarla. Se il Meyer, egli dice, (3) fosse morto intestato, secondo la giurisprudenza francese la sua successione sui mobili situati in Francia, sarebbe stata retta dalla legge amburghese; ma in questo caso esistevano due coeredi, uno straniero ed uno francese; quest'ultimo poteva dunque invocare, se non la lettera, lo spirito della legge del 14 Luglio 1819, e domandare l'applicazione della legge francese. Il Renault dunque nulla trova a ridire contro la norma eccezionale secondo la quale, nell'ipotesi di concorso fra eredi francesi e stranieri, qualunque siano la nazionalità ed il domicilio del defunto, anche i mobili situati in Francia devono essere retti in ogni caso dalla legge francese. Poichè il Meyer morì lasciando un testamento continua il Renault (4) la stessa ragione che avrebbe permesso alla nipote francese di escludere la legge amburghese nella successione *ab intestato*, doveva permetterle di escluderla anche dalla determinazione della quota disponibile; essa avrebbe dunque potuto a suo avviso domandare che il legato fatto alla figlia fosse ridotto ai due terzi in modo da conseguire la riserva stabilita dalla legge francese. (5)

La critica del Renault non è diretta dunque contro l'invocazione della legge francese: chè anzi l'applicazione di questa accordante alla nipote la legittima del terzo era da lui ritenuta pienamente giustificata; egli riteneva infondata soltanto la domanda della metà dei beni appoggiata alla promessa di eguaglianza fatta al padre dell'attrice. Ora il Renault si domanda: doveva una tale promessa venir esaminata dal punto di vista della legge francese senza tener conto di quella amburghese che la vietava? Ed è da questo punto di vista che gli argomenti addotti non possono soddisfarlo: e meno di tutti quello della corte di cassazione invocante lo statuto reale; se tale infatti fosse lo statuto di cui si trattava, anche un

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1881, pag. 431, 2 e 1882, pag. 90.
(2) *Revue Critique* 1883, pag. 724-9.
(3) Pag. 726. — (4) Pag. 727. — (5) C. c. fr., art. 913-4.

erede straniero avrebbe potuto invocare il beneficio della legge francese, ed il ragionamento desunto dalla legge del 1819 sarebbe stato superfluo essendosi potuto in quel caso escludere l'applicazione della legge amburghese anche se il Meyer non avesse lasciato se non discendenti tedeschi come lui. Bisognava invece ricercare (1) il carattere della disposizione del diritto amburghese che proibisce la promessa di eguaglianza, carattere che è essenzialmente personale, e considerare che il diritto francese alla devoluzione della successione mobiliare d'uno straniero che non lasci eredi francesi applica la legge straniera. Secondo il Renault dunque la giurisprudenza francese ha trasceso considerando valida una istituzione contrattuale che il Meyer era incapace di fare secondo la sua legge personale; ma nel tempo stesso egli ammetteva conforme al diritto del suo paese che il coerede francese potesse far modificare il contenuto del testamento del Meyer tanto quanto bastava per lasciare sussistere intatti i diritti successori garantitigli dal diritto francese.

Sono soprattutto tali eccezioni che, tanto nelle proporzioni più larghe ammesse dalla corte di cassazione, quanto in quelle più ristrette riconosciute dal Renault, non derivando da un principio giuridico e da un indirizzo coerente, ma trovando la propria causa esclusivamente nella tutela dell'interesse dei cittadini, devono venir eliminate dagli accordi convenzionali fra gli Stati civili, per render possibile fra loro un regolamento uniforme così dell'attribuzione delle successioni intestate, come del contenuto dei testamenti. Rispetto poi ai beni immobili, quando uno Stato s'inducesse a ricercare nella legge nazionale del proprietario che non ne abbia disposto la misura della loro ripartizione fra i membri della famiglia di questo, sarebbe tratto necessariamente a ricercare nella stessa legge, quando il proprietario ne abbia disposto, i criteri ed i limiti di validità intrinseca delle sue disposizioni.

739. — Rispetto alle forme del testamento è generalmente riconosciuta ed applicata la regola *locus regit actum;* (2) abbiamo notato però, parlando delle obbligazioni e del matrimonio, che ad una tale regola vengono portate due specie di eccezioni; l'una è

(1) Renault, l. c., pag. 728.

(2) V. *Annali di Giurisp. It.*, 1887, 1. 1, pag. 16 e *Legge*, 1887, 1, pag. 310.

ispirata da favore per l'individuo al quale si concede pure in determinate circostanze la scelta della forma prescritta dalla sua legge nazionale diversa da quella prescritta nel luogo dove l'atto giuridico vien compiuto; l'altra risulta da una confusione fra la forma e la capacità che induce qualche Stato a vietare l'osservanza delle forme straniere al cittadino che agisce all'estero e ad imporgli l'esclusiva osservanza di quelle forme stabilite dalla sua legge personale che normalmente si ammette dover soltanto restare abbandonata alla sua scelta. Il maggiore o minor campo d'azione lasciato normalmente e la maggiore o minore proporzione di limiti imposti eccezionalmente all'impero dalla regola *locus regit actum*, dipendono da cause analoghe a quelle notate parlando delle obbligazioni e del matrimonio ed in parte anche dell'importanza attribuita dal diritto interno alle varie forme di testamento che vi sono ammesse.

Esistono leggi che concedono di testare soltanto in forma solenne: così è del codice portoghese che enumera come testamenti leciti quello pubblico ricevuto e redatto dal notajo alla presenza di cinque testimoni (1) e quello secreto scritto e firmato dal testatore o da altri e presentato chiuso ad un notajo alla presenza di cinque testimoni. Altre leggi invece, come quella inglese, ammettono soltanto la più semplice forma di testare per tutti i testatori e per tutte le specie di beni, non esigendo altra condizione oltre a quelle dello scritto e della firma apposta dal disponente e da due testimoni; (2) quando il testamento non sia olografo si esige un testimonio di più negli Stati Uniti d'America; alcuni dei quali (3) esigono tre, altri (4) due testimoni anche in questo caso come prova dell'autenticità della scrittura. (5) Nella Granbrettagna invece dal 1 ottobre 1874 non sono essenzialmente necessari i due testimoni quando il testamento sia olografo. (6)

Il nostro codice riconosce tanto l'uso di forme semplici quanto quello di forme solenni: ammettendo delle prime il testamento olo-

(1) Art. 1911-4.

(2) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 657. Pavitt, l. c., pag. 154.

(3) Carolina del Nord, Tennessee, Arkansas.

(4) Texas. — (5) Stimson, l. c., pag. 353-5.

(6) Lorimer, l. c., pag. 214, V. anche la formula di un testamento, nel Lehr, pag. 657, Lorimer, pag. 219, Whitaker's, Almanack for 1888, pag. 608-610.

grafo, (1) delle seconde il testamento pubblico ricevuto da un notajo alla presenza di quattro testimonî o da due notaj alla presenza di due testimonî; (2) ed il testamento secreto che può essere scritto dal testatore o da un terzo, deve essere sottoscritto dal testatore, e da questo consegnato chiuso ad un notajo alla presenza di quattro testimoni, (3) dovendosi sulla carta che serve d'involto scrivere per cura del notajo l'atto di ricevimento, sottoscritto da lui dal testatore e dai testimonî. Il codice francese combina sostanzialmente col nostro circa le forme dei testamenti colla differenza che quanto al ricevimento del testamento secreto si esigono non già quattro ma sei testimonî. (4)

In Spagna i testamenti si distinguono in nuncupativi od aperti e scritti o chiusi; il primo è quello mercè il quale il testatore esprime oralmente le proprie ultime volontà ad un notajo e tre testimonî od a cinque testimonî chiamati a raccoglierle; è consuetudine poi ma non è punto essenziale alla validità del testamento, (5) che siano ridotte in iscritto, mentre in Italia, se si ommettesse di farlo, il testamento non esisterebbe, ed in Scozia sarebbe tale soltanto quando il valore della disposizione non eccedesse otto lire, sei scellini, ed otto denari. (6) Nel testamento scritto corrispondente al nostro testamento secreto fa d'uopo dell'intervento del notajo e di sette testimonî, inoltre fra le forme del testamento è ammessa in Spagna anche quella (proscritta però dal progetto di codice civile) che consiste nel nominare un *commissario* che disponga (7) per conto del testatore e quando ad un testamento siano unite memorie testamentarie queste hanno carattere di valide disposizioni. (8)

Anche il codice austriaco ammette tanto il testamento orale quanto quello scritto, il quale può farsi con o senza intervento di testimonî; oltre a quest'ultimo, che è il testamento olografo, si può ricorrere al testamento fatto davanti a tre testimonî senza ufficiale pubblico; (9) inoltre (10) si può dichiarare la propria volontà davanti a tre testimonî senza che sia necessario ridurre poi le dichiarazioni in iscritto; e finalmente il testamento sì scritto che nuncupativo, può trasformarsi in solenne per essere fatto alla presenza

(1) C. c. ital., art. 775. — (2) Art. 777, 8. — (3) Art. 782, 3.
(4) Art. 969-980. — (5) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 422-4.
(6) Eguali a cento lire scozzesi, o duecento otto lire nostre.
(7) Pag. 426-8. — (8) Cod. di proc. civ. art. 1398 e segg.
(9) § 577-584. — (10) § 585.

del giudice. (1) Analoghe in parte a quelle del diritto nostro, in parte a quelle del diritto austriaco sono le disposizioni del diritto greco che ammette il testamento pubblico ricevuto per atto di notajo; quello secreto scritto e sottoscritto dal testatore od almeno sottoscritto da lui, e ricevuto da un notajo; quello olografo che deve essere lasciato tra le carte del defunto e non deve trovarsi in mani altrui; e quello orale raccolto in caso di pericolo, davanti a cinque testimoni. (2) Tale ultima specie di testamento è pure ammessa eccezionalmente in alcuni degli Stati Uniti quando si tratta dell' ultima malattia o di un altro pericolo, ma nella maggior parte degli Stati devono essere ridotti in iscritto entro un breve termine. (3)

Dovunque sono ammesse per chi si trovi in servizio militare terrestre o marittimo fuori del territorio dello Stato, e anche talora per chi viva in sito travagliato da un'epidemia, alcune forme speciali di testamento che sostituiscano le forme solenni normali il cui uso è reso colà impossibile dalle circostanze; però gli Stati che non ammettono normalmente il testamento orale, esigono anche in questi casi la redazione in iscritto delle disposizioni; (4) anche in Inghilterra dove il § 11 del « Wills act » del 1837 autorizza i soldati in campagna ed i marinaj imbarcati a disporre « by words of mouth », sono ordinate varie precauzioni che rendono quasi necessaria la riduzione in iscritto di tale testamento; (5) fanno eccezione soltanto alcuni degli Stati Uniti i quali però in parte limitano l'effetto di tali disposizioni eccezionali alla proprietà personale. (6) La maggior parte degli Stati civili considerano poi il testamento come un atto essenzialmente revocabile ed individuale e proibiscono perciò il testamento congiuntivo: così fanno tanto per le disposizioni a vantaggio d'un terzo come per quelle reciproche (7) il nostro codice, quello portoghese, (8) quello francese, (9) e quello della Luisiana; (10) altre leggi lo riconoscono come testamento valido ma revocabile

(1) § 587-590. — (2) Böhm, Handbuch, pag. 164.

(3) Stimson, pag. 365, 5.

(4) C. c. it., art. 789-803, C. c. fr., art. 981-100, 1, e codice portoghese art. 1944, 1960.

(5) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 658.

(6) Stimson, l. c., pag. 363, 4.

(7) Articolo 761. — (8) Articolo 1753.

(9) Articolo 968. — (10) Articolo 1572.

da ciascuna delle parti; (1) il codice austriaco (2) non ammette il patto successorio se non fra coniugi; il diritto scandinavo invece permette che nel testamento reciproco i testatori si privino del diritto di revoca. (3)

740. — Tutte queste diversità di forme concesse od imposte dalle varie legislazioni rispetto ai testamenti, hanno un'influenza anche sul criterio di diritto internazionale adottato rispettivamente sullo stesso argomento, poichè il grado maggiore o minore di competenza riconosciuto alla legge del luogo dove il testamento è fatto diversa dalla legge del luogo al quale appartiene personalmente il testatore, dipende in parte anche dalla più o meno completa distinzione che si fa in quest'ultima fra la questione di forma e quella di capacità. Esaminando ora da questo e dagli altri punti di vista il regolamento internazionale delle forme dei testamenti, noi dobbiamo domandarci: in quanto è accolto, in quanto respinto come regola normale di tale ordine di questioni il principio *locus regit actum?* In quanto nei paesi che ammettono tale principio vi si fanno eccezioni in favore della libertà di scelta dei testatori fra le forme locali e quelle personali? In quanto l'applicazione della legge locale alle forme dei testamenti fatti da cittadini all'estero, è limitata a certe determinate forme di testamento e negata rispetto a certe altre? In quanto, prescindendo dal luogo dove il testamento è fatto e dalla legge personale del testatore, si applica al regolamento delle forme esterne della disposizione la legge delle cose cui questa si riferisce?

Qualche breve accenno a tali norme svariate e non armonizzanti del tutto nei vari paesi basta a fornire un concetto dei conflitti a cui si presta anche questo campo delle forme che pur parrebbe dovesse essere il più completamente sottratto ad ogni maniera di conflitti. L'adozione della regola *locus regit actum* risulta nel nostro diritto dall'articolo 9 preliminare del codice civile che estende agli atti di ultima volontà la regola adottata per gli atti fra vivi. Applicando tale criterio, il carattere della disposizione e la forza probante del documento che la contiene son giudicati dai magistrati italiani secondo il diritto vigente nel luogo dove l'atto

(1) California, Montana, Utah, Georgia, Dakota; Stimson, pag. 355.
(2) § 602.
(3) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 208, 9 e n.

venne redatto. Così giudicò la corte d'appello di Palermo (1) a proposito di un testamento fatto a Nuova York nella forma americana, del quale si presentava una copia che era stata collazionata e certificata corrispondente all'originale da un notajo di quella città. Essendo stato contestato il valore di quella copia, la corte giudicò che dovesse applicarsi la legge in vigore nel territorio dove quel testamento era stato fatto, e che essendo quella copia equivalente all'originale secondo il diritto newyorkese essa dovesse riconoscersi come tale anche in Italia. Diverso sarebbe il giudizio se il testamento cui si riferisce questa copia come a testamento olografo non corrispondesse ai caratteri distintivi giudicati necessari nel nostro paese per ritenerlo tale, come se fosse scritto con inchiostro e sottoscritto con matita, ed in modo poco chiaro. In tal caso a quella guisa che nei rapporti di diritto interno la pubblicazione del testamento fatta da un notajo non è ostacolo ad oppugnarne il carattere per quel motivo; così nei rapporti internazionali non potrebbe a ciò far ostacolo la seguita comunicazione di una copia nelle forme suaccennate quando si potesse poi dimostrare che quell'atto non corrisponde agli elementi essenziali di quella forma di testamento cui lo si vuole ascrivere. (2)

Il codice portoghese ha una sezione dedicata al testamento fatto all'estero; (3) secondo quelle disposizioni il testamento fatto da un non portoghese fuori del Portogallo produrrà nel regno i propri effetti legali anche in relazione ai beni che vi sono situati, purchè siansi osservate le prescrizioni delle leggi del paese dove fu fatto; (4) i testamenti poi fatti dai portoghesi all'estero produrranno i proprî effetti se furono formulati autenticamente in conformità della legge del paese dove furono celebrati. (5) Sicchè ai non portoghesi che testarono in Portogallo secondo le forme portoghesi, od all'estero nelle forme locali si applica senza restrizioni la massima *locus regit actum*, anche se abbiano testato secondo le forme locali in territorio non portoghese soggetto ad uno Stato diverso da quello a cui appartengono; ai portoghesi invece si applica la stessa massima soltanto nei limiti della forma autentica imposta

(1) 25 Marzo 1887, Follina c. Follina, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 757, 8.

(2) *Annali di Giurisp. it.* 1887 III, pag. 185, 6.

(3) Art. 1961-5. — (4) Art. 1965. — (5) Art. 1961.

dalla legge portoghese. Quest'ultima norma della quale si rileverà maggiormente l'importanza parlando dei limiti all'applicazione della legge locale, potrebbe formularsi così: l'impero della regola *locus regit actum* è ammesso non in quanto al *genere* ma in quanto alla *specie* della forma da osservarsi testando in paese straniero.

L'articolo 992 del codice neerlandese impone ai regnicoli che fanno un testamento all'estero, la forma autentica non già come semplice forma istrumentaria, ma come una condizione della validità del testamento stesso. In quei paesi dove, distinguendosi alcune forme come estrinseche ed altre come abilitanti, non ripugna una certa confusione fra le questioni di forma propriamente detta e quelle di capacità, (1) tale disposizione potrebbe venir riconosciuta senza difficoltà se vi si seguissero, rispetto ai limiti all'azione della legge straniera nel territorio, gli stessi criteri che si seguono circa l'azione della legge propria all'estero. Ma dove sulla forma non si ammetta se non l'impero della regola *locus regit actum*, non si potrebbe dichiarare per un tale motivo invalido il testamento di uno straniero. La stessa regola infatti è osservata in Belgio, ed in Francia senza eccezioni per quanto riguarda i testamenti fatti da stranieri in Francia od all'estero nelle forme locali rispettive. Così giudicò la corte di cassazione francese fin dal 1847 (2) circa il testamento olografo fatto in Francia da un inglese. E recentemente il tribunale di Marsiglia (3) e la corte d'appello di Aix (4) applicarono la stessa regola a proposito del testamento olografo fatto da uno spagnuolo in Francia contrariamente alla legge spagnuola relativa alle forme dei testamenti. Il testatore Francesco Meras, nativo di Cordova e stabilito a Marsiglia dove possedeva molti beni, aveva disposto della propria sostanza con testamento olografo fatto e datato da Marsiglia nel 1874. L'anno successivo egli era ritornato in patria dove, dopo breve tempo, venne a morte. Edoardo Meras, nipote da lui dimenticato nel testamento, si presentò al tribunale di Madrid dichiarando che il proprio parente era morto intestato; tale asserzione, respinta in prima istanza, fu ammessa dal tribunale superiore il 15 Aprile 1878 con una sentenza alla quale il Meras

(1) Trib. civ. di Bruxelles, 21 Luglio 1886, Willemsen c. Brands, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 495, 6.

(2) Dalloz, 1847, 1, 273.

(3) 4 Dic. 1880, Meras c. Meras.

(4) 11 Luglio 1881, Journal 1882, pag. 426-431.

si appoggiò per intimare agli eredi ed esecutori testamentari di rispettare la successione come cosa sua. Nel tempo stesso egli domandava al tribunale civile di Marsiglia l'esecutorietà della sentenza spagnuola a totale pregiudizio degli eredi testamentari. Il tribunale nel respingere tale domanda ritenne che il defunto non potesse dirsi morto intestato, ma con un testamento in ogni sua parte regolare, perchè il testamento olografo fa fede della propria data e perchè la forma esterna e la solennità degli atti sono determinate dalla legge del paese dove questi furono fatti. Nello stesso modo giudicò il tribunale civile della Senna a proposito del testamento olografo fatto in Francia da un russo giudicando che, poichè quell'atto riuniva tutte le condizioni richieste dalla legge francese a costituire un testamento olografo, non era il caso di esaminare se fossero state osservate le formalità imposte dalla legge russa in tale materia. (1) Così il tribunale civile della Senna (2) e la corte d'appello di Parigi, (3) contestandosi un testamento secreto fatto nella repubblica dl Venezuela, lo dichiararono nullo dopo aver constatato che il modo di chiusura del testamento prescritto dalla legge venezuelana non era stato osservato.

Quando però trattasi di disposizioni fatte da francesi all'estero l'articolo 999 del codice civile dispone ch'esse possono farsi o nella forma del testamento olografo com'è prescritto dall'articolo 970, o con atto autentico nelle forme praticate nel paese dove quest'atto sarà ricevuto; la quale regola vedremo come possa dar luogo a dubbi da cui risulti rispetto agli atti dei francesi all'estero un'applicazione meno piena della regola *locus regit actum* di quella fatta agli atti compiuti dagli stranieri in Francia.

In Germania l'impero della legge locale è ammesso, dice il Laurent (4) come un assioma; chi si presenta come erede testamentario deve presentare il testamento in forma autentica; però se trattasi di un testamento fatto all'estero, è riputata sufficiente l'osservanza della forma straniera. (5) In Inghilterra l'antica regola secondo la quale un testamento concernente beni mobili doveva

(1) Journal 1884, pag. 405-408, Veuve Duloup c. Duloup, e *Revue Critique* 1884, pag. 734-6. — (2) 31 Luglio 1885.

(3) 5 Agosto 1886. Vedova Palazzi c. Merizzo Palazzi, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 621-3.

(4) Vol. VII, pag. 9.

(5) Altsmann ap. Reuling, l. c., pag. 48.

essere fatto secondo la legge del luogo dove il testatore era domiciliato il giorno del suo decesso, (1) fu sostituita mercè la legge del 6 Agosto 1861 conosciuta col nome di Atto di Lord Kingsdown, da un'altra secondo la quale ogni testamento fatto fuori del Regno Unito da un suddito inglese, qualunque fosse il suo domicilio sia al tempo della redazione dell'atto sia a quello della morte, deve, in quanto concerne i beni personali, essere considerato come regolare in Inghilterra se fu fatto nelle forme richieste dalla legge del luogo dove venne redatto; ed ogni testamento fatto in Inghilterra è reputato valido se fu fatto secondo la legge del luogo della sua redazione. Inoltre il Lorimer (2) cita una decisione scozzese secondo la quale un testamento è ritenuto titolo valido di trasmissione di un *heritage* situato in Scozia quantunque non sia stato redatto colle solennità richieste dalle leggi scozzesi, purchè siano state osservate le forme prescritte dalla legge del paese dove fu fatto.

Anche negli Stati Uniti sia nota la tendenza ad abbandonare in tale rapporto la legge del domicilio per preferire quella del luogo dell'atto. Il Field (3) dichiara sufficiente quando trattisi di mobili l'osservanza di quest'ultima legge, notando però, come regola generalmente applicata dai tribunali americani, la seguente: « La validità di un testamento disponente di cose mobili, è determinata esclusivamente, in quanto concerne le forme dalla legge del luogo dove il testatore era domiciliato al momento della sua morte ». Ora però il diritto americano non è più unanime in questo senso, ed alcuni Stati procedettero già in senso opposto più in là ancora che non risulterebbe dalla regola formulata dal Field. Negli Stati e Territori di Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Connecticut, Nuova York, Wisconsin, Maryland, Arkansas, Dakota, Montana e Luigiana si ammette che un testamento fatto fuori dello Stato ma al di qua delle frontiere della federazione, sia valido secondo la regola *locus regit actum* tanto nelle sue disposizioni relative alla proprietà personale quanto in quelle relative alla proprietà reale; e la stessa regola è ammessa per la proprietà personale soltanto nel Missurì e nell'Oregon. Negli Stati di Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Connecticut,

(1) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 659.
(2) Pag. 191. — (3) Art. 591.

Nuova York, (1) Wisconsin, Maryland, Kentucky, Dakota, Montana e Luigiana si concede l'impero più pieno, e negli Stati di Nuova York, (2) Virginia, e Kentucky quello limitato ai mobili alla regola *locus regit actum* anche quando trattasi di testamenti fatti all'estero. (3) Il codice del Chilì (4) dichiara pure valido in Chilì il testamento scritto fatto all'estero « se, in quanto concerne le condizioni estrinseche, è provato che fu fatto secondo le forme usitate nel paese e se inoltre l'autenticità dell'istrumento può essere stabilita nella forma ordinaria; » tale riconoscimento della regola *locus regit actum* è però più ristretto di quello del diritto portoghese rispetto ai testamenti fatti fuori del Chilì sia da nazionali che da stranieri. (5) Da tutto ciò risulta che in alcuni paesi in modo più pieno, in altri in modo meno pieno, qui senza, là con distinzioni fra gli atti degli stranieri e quelli dei nazionali all'estero, con o senza riguardo all'indole dei beni di cui si dispone, la regola *locus regit actum* può dirsi in una certa misura formar parte del diritto comune anche per quanto si riferisce alle forme dei testamenti.

741. — Ora prima di considerare alquanto i conflitti che derivano dalla diversità di proporzioni in cui quella regola viene ammessa, è opportuno esaminare in quanto siano ammesse a questa regola, comunque riconosciuta, eccezioni in favore della libertà di scelta dei testatori fra la forma locale e la forma nazionale. Tali eccezioni sono essenzialmente diverse da quelle, poichè mentre le prime costituiscono un atto di pieno riconoscimento dell'autonomia individuale, le altre costituiscono un divieto di scelta od una eccezione forzosa alla regola *locus regit actum* derivanti dalla sollecitudine della legge per la sovranità dello Stato sui suoi sudditi che agiscano all'estero, o sui beni immobili, a chiunque appartenenti, situati nel suo territorio.

Quando fossero generalmente ammesse accanto alla regola normale *locus regit actum* le eccezioni della prima specie in favore della scelta facoltativa dei disponenti fra la forma personale e quella locale, la posizione rispettiva degli Stati adot-

(1) Per i testamenti fatti nella Gran Brettagna e nel Canadà.

(2) Per i paesi stranieri fuori della Gran Brettagna e del Canadà.

(3) Stimson, pag. 358. — (4) Art. 1027.

(5) Fabrés, l. c., pag. 141.

tanti quelle norme, e degli individui disponenti nell' ambito dei loro territori potrebbe definirsi così: la regola *locus regit actum* trovasi adottata in modo obbligatorio relativamente agli Stati, ed in modo facoltativo rispetto agli individui. (1)

L'adozione di tale regola nelle stesse proporzioni per gl' indigeni che testano all'estero e per gli stranieri che testano nel territorio, risulta nel nostro paese dal primo alinea dell'articolo 9 preliminare secondo il quale « è in facoltà dei disponenti di seguire le forme della loro legge nazionale ». Tale norma è così scevra di restrizioni, che parrebbe dovesse estendersi, quantunque il testamento nel nostro paese sia essenzialmente un atto scritto, anche al testamento verbale fatto da uno straniero nel nostro territorio conformemente alla sua legge nazionale; ma d'altronde potrebbe opporsi al suo riconoscimento l'osservazione che quell'atto verbale non corrisponde nemmeno al concetto generico che la nostra legge dà del testamento, e che perciò la redazione di questa secondo la legge nazionale tanto da parte dell'italiano all'estero come dello straniero in Italia deve ammettersi a parità di condizioni in quanto trattisi di una forma scritta.

Il codice portoghese (2) riconosce i testamenti fatti dai portoghesi all'estero secondo le forme nazionali, ma non riconosce le forme straniere se non per i testamenti fatti da stranieri al-all'estero osservando la legge locale, (3) e pareggia gli stranieri ai portoghesi quanto agli atti che devono produrre effetto nel Regno (4) quando non sia diversamente disposto da una legge speciale o da una convenzione. L'adozione facoltativa delle forme nazionali e di quelle locali è invece riconosciuta come lecita dalla maggior parte dei giureconsulti tedeschi, (5) e per gli indigeni (6) che testano all'estero, dalla giurisprudenza austriaca, e dalla legge russa. (7)

Per quanto si riferisce alla successione mobiliare, l'alternatività completa è annessa dal diritto inglese fra la legge personale e quella locale dall'atto di Lord Kingsdown per i testamenti fatti

(1) V. pag. 115. 6. — (2) Articolo 1962-4.
(3) Articolo 1965. — (4) Articolo 26.
(5) WAECHTER, Archiv. für civil. Prax., vol. 25 pag. 368 e segg.
(6) LAURENT, op. cit., vol. VII, pag. 15, 6
(7) Articolo 1077-1079, C. c. russ.; articolo 2025, Codice di commercio e Disposiz. transit. del 1868.

da inglesi all'estero, e dalla giurisprudenza per quelli fatti da stranieri in Inghilterra. (1) Negli Stati Uniti poi anche dove venne adottata come legge regolatrice delle forme quella locale relativamente alla successione mobiliare, vennero lasciati liberi i testatori di seguire anche quelle della legge personale. (2) L'adozione della forma nazionale per i francesi che testano all'estero risulta permessa dal codice francese (3) quanto al testamento olografo, e dalla giurisprudenza quanto alle altre specie di testamenti; (4) secondo il codice gli stranieri che testano in Francia restano invece soggetti al diritto comune cioè alla regola *locus regit actum*. È vero che un numero notevole di convenzioni estende anche a loro la facoltà di seguire la legge nazionale nel testamento autentico, ma fuori delle eccezioni convenzionalmente stabilite essi non possono seguire validamente in Francia le forme della loro legge nazionale diverse da quelle della legge francese sicchè nel caso del testamento fatto in Francia da un inglese in quella forma propria del diritto inglese che non corrisponde nè a quella olografa, nè a quella autentica del diritto francese, i magistrati francesi si pronuncierebbero per l'invalidità. (5) Il Laurent però distingue anche in tal caso il genere e la specie della forma: data una specie di testamento ammessa dalla legge francese come da quella straniera (6) egli crede che lo straniero in Francia possa seguire le forme prescritte dalla seconda legge anzichè quelle della prima, ma nega ch'egli possa seguire in Francia veruna forma non appartenente a veruna delle specie di testamento ammesso dalla legge francese. (7)

742. — Rispetto alle forme autentiche del testamento nello stesso modo che rispetto alla celebrazione del matrimonio, la facoltà concessa in limiti più o meno estesi agli individui e con più o meno perfetta reciprocità fra sudditi e stranieri, di seguire le forme del paese cui personalmente appartengono, implica nelle stesse proporzioni una corrispondente estensione delle attribuzioni diplo-

(1) Tristram, l. c., e Westlake, Revue de Dr. Int. 1874, pag. 388-404, Rivista di giurisprudenza inglese.

(2) Stimson. l. c., pag. 358, 9. — (3) Articolo 999.

(4) C. di Cassaz. 20 Marzo 1883, Journal du Palais, 1883, pag. 610.

(5) C. c. di Cassaz. ap. Laurent, vol. VI, pag. 697.

(6) Per es. il testamento olografo.

(7) Vol. VII, pag 698-700.

matiche e consolari. E ciò, come nel caso del matrimonio, non per un riconoscimento di estraterritorialità al *luogo* dove quegli atti si compiono, ma per attribuzione di *competenza* alla *persona* dell'ufficiale che li compie. Il riconoscimento ai consoli ed ai cancellieri delle legazioni di tale competenza è da parte dello Stato cui lo straniero appartiene una necessità perchè l'ufficiale consolare è all'estero la sola rappresentanza ufficiale dell'autorità del paese d'origine e questo trovasi nella necessità di investirlo di diverse facoltà ripartite fra varî pubblici ufficiali nel territorio dello Stato; da parte dello Stato dove lo straniero agisce in forme diverse da quelle locali, il riconoscimento di quella competenza è anche una garanzia indispensabile ad una sovranità perchè questa possa indursi a derogare a favore di uno straniero il quale agisca nel suo territorio alla regola *locus regit actum*, poichè è il solo modo di sostituire alla sorveglianza delle autorità proprie quella di autorità costituite come competenti dal governo del paese le cui forme s'intendono seguire.

A ciò provvede il diritto del nostro paese per i nostri consoli all'estero (1) disponendo che i consoli esercitino rispetto ai nazionali le funzioni di notaj, che essi possano ricevere i testamenti pubblici e quelli in forma secreta osservando le forme prescritte dal codice civile salvo le eccezioni stabilite dalla stessa legge, e che venendo depositato un testamento olografo, il console lo riceva se presentato dal testatore, e faccia risultare il fatto della consegna mediante processo verbale che sarà sottoscritto da lui, dal testatore e da due testimonî. In Francia le stesse norme furono stabilite per i consoli francesi all'estero dall'ordinanza della marina del 1681 secondo la quale i testamenti ricevuti dal cancelliere nel consolato in presenza del console (2) e di due testimonî e firmati da loro, saranno riputati testamenti solenni quando in tutto il resto siansi seguite le formalità prescritte dalla legge francese. (3) Il codice portoghese dispone nello stesso senso che « i consoli o vice-consoli portoghesi possano prestare l' ufficio di notaj

(1) Legge consolare del 28 Genn. 1866, art. 44-51.

(2) Art. 24, tit. IX, lib. I. Lehr, Manuel théorique et pratique des agents diplomatiques et consulaires fr. et etr., Paris Larose et Forcel, 1888, pag. 155, 6.

(3) C. di cassazione civ. 20 Marzo 1883, Vidal c. Bertgen, *Iournal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 523-6.

nella celebrazione e nella prova dei testamenti di sudditi portoghesi, purchè si conformino alla legge portoghese eccetto in quanto riguarda la nazionalità dei contraenti che eventualmente fossero stranieri »; e nello stesso modo è stabilito dalle leggi russe. (1)

Tali disposizioni che per effetto della loro adozione da parte della massima parte degli Stati per quanto si riferisce al testamento dei cittadini all'estero possono dirsi ormai di diritto comune nelle leggi consolari dei popoli civili, ricevono anche dove ciò non risulti (come nel nostro paese dall'articolo 9 del codice civile) da una precisa disposizione di legge, sempre maggiore applicazione di reciprocità da parte dei vari Stati oltrechè al riconoscimento dei testamenti fatti secondo quelle norme dai loro sudditi all'estero anche a quelli che secondo le medesime norme sono fatti dagli stranieri nel loro territorio: così è secondo la convenzione consolare fra l'Italia e l'Austria del 15 Maggio 1874, (2) fra l'Italia e la Russia del 28 Aprile 1875, (3) fra l'Italia ed il Brasile, (4) e secondo quella fra l'Italia e la Francia del 26 Luglio 1862; (5) così è dei trattati fra l'Austria e la Francia dell'11 Dicembre 1866, (6) fra la Spagna e la Francia del 7 Gennaio 1862, (7) del 7 Gennaio 1876 fra la Grecia e la Francia, (8) fra il Portogallo e la Francia dell'11 Luglio 1866, (9) del 1 Aprile 1874 fra la Francia e la Russia, (10) e del 5 Giugno 1878 fra la Francia e il San Salvador. (11)

743. — Fino ad ora fu accennato in quanto la regola *locus regit actum* sia ammessa come normalmente regolatrice delle forme dei testamenti, ed in quanto fra gli Stati che la ammettono, si conceda ai singoli l'adozione facoltativa delle forme nazionali. Sotto quest'ultimo punto di vista la diversa misura di concessione della scelta fra le due forme fatta ai cittadini ed agli stranieri, e quanto a questi ristretta nell'ambito dei soli generi di forme ammessi nel paese, può dar luogo a divergenze nel giudizio dato

(1) Art. cit., pag. 727. — (2) Art. 11, 2. — (3) Art. 9, 1.

(4) Però secondo quest'ultima, quando si dispone di immobili brasiliani un notajo pubblico competente del luogo sarà chiamato ad assistere alla celebrazione degli atti medesimi ed a sottoscriverli insieme con quelli ufficiali consolari sotto pena di nullità. Così anche l'articolo 9 della convenzione del 24 Ottobre 1856 fra la Francia e la Venezuela, art. 9.

(5) Art. 8. — (6) Art. 9. — (7) Art. 19. — (8) Art. 10.

(9) Art. 7. — (10) Art. 9, [1]. — (11) Art. 10, [2].

in vari territori circa la validità del medesimo testamento. Dal punto di vista poi dell'opzione connessa ai nazionali che restino all'estero, fu già osservato che la regola *locus regit actum* non è ammessa dovunque rispetto a coloro che testano fuori del territorio colla medesima estensione, ma talora ne vien ristretta l'applicazione o nei riguardi di una confusione fra la forma e la capacità rispetto alla persona del testatore o nei riguardi dell'indole dei beni di cui si vuol disporre; esistono perciò, fonte alla loro volta di conflitti perchè non ammesse dovunque nè riconosciute rispetto agli stranieri cui la legge nazionale le impone da quelli stessi Stati che ne impongono di analoghe ai propri sudditi all'estero, limitazioni di ordine personale e limitazioni d'ordine reale all'osservanza uniforme della regola *locus regit actum*.

Le prime si risolvono nell'imporre come obbligatoria in tutta od in parte ai cittadini che testano all'estero l'osservanza di quella forma nazionale che per loro normalmente dovrebbe considerarsi come facoltativa. Il codice olandese (1) impone ai sudditi testanti all'estero di esprimere la propria volontà per atto autentico, ed una legge del 25 Luglio 1871 permette una deroga a tale divieto soltanto a favore di quegli olandesi che testando all'estero nella forma olografa abbiano depositato l'atto presso un console dei Paesi Bassi; (2) il codice portoghese limita pure il riconoscimento della validità delle forme locali, ai testamenti fatti in forma autentica dei portoghesi all'estero; (3) ed il codice russo, pur ammettendo nei rapporti interni tanto la forma semplice quanto quella solenne di testamento, non riconosce come validi tutti i testamenti fatti da russi all'estero osservando le sole forme locali. Il diritto russo riconosce infatti come testamento autentico quello ricevuto da un notajo alla presenza di tre testimoni, oppure, nelle parti dell'impero dove non è in vigore il codice di procedura civile, quello ricevuto dalle autorità governative; e riconosce come testamento domestico la disposizione fatta dal solo testatore la quale soltanto dopo la morte di quest'ultimo deve, per essere esecutoria sui beni che si trovano in Russia, venir presentata alla corte d'appello nei luoghi dove non fu applicata la riforma giudiziaria, ed al tribunale di circondario dove fu già attuata tale riforma. Il testamento della

(1) Art. 992. — (2) Böhm, op. cit., Ergänzungsband, pag. 9, 10.
(3) Art. 1961.

prima maniera è preferibile come quello di cui non può venir rivocata in dubbio l'autenticità ed è talora anche esclusivamente necessario per dare validità alle disposizioni relative ai beni ereditarî, sia pure in quella misura limitata nella quale è lecito disporne. Ora un russo residente all'estero che voglia testare in forma autentica deve seguire le forme prescritte dalla legge patria e presentare il testamento (1) al consolato russo nel cui distretto egli si trova. Il testamento domestico fatto all'estero deve, due anni dopo la morte del testatore venir presentato al tribunale di circondario della situazione dei beni o dell'ultimo domicilio del testatore in Russia; ma quando il suddito russo abbia disposto secondo il modo ammesso dalle leggi locali pur seguendo le forme solenni di queste, la sua disposizione non può valere in Russia se non che come testamento domestico quando sia stata fatta per atto scritto, ed è destituita di ogni valore quando sia stata fatta oralmente. Così giudicò la corte di cassazione nel 1875 a proposito di un testamento verbale fatto da una russa a Vienna secondo le leggi austriache; quella disposizione fu dichiarata nulla mancando della forma scritta che è ritenuta dalla legge russa essenziale alla esistenza del testamento. (2)

Il codice austriaco (3) contiene pure una disposizione che, permettendo di testare ai minori di 18 anni, li obbliga a ricorrere alla forma orale davanti al tribunale; anche se quei minori seguissero all'estero la forma autentica ammessa dalla legge territoriale, il testamento resterebbe in Austria destituito di validità. (4) Il codice

(1) C. c. a., art. 1028.

(2) Serebrianny, Du droit pour les russes de faire des testaments à l'étranger, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1884, pag. 359-364.

(3) § 569.

(4) Il Beauchet « Du testament fait par un mineur autrichien en pays étranger », *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1886, pag. 683-688. si pronuncia in favore della piena applicazione anche a questo caso della norma *locus regit actum*, e cita a sostegno della propria opinione il Vesque de Püttlingen e l'Unger; ma la sentenza che egli riferisce non basta a provare che la giurisprudenza austriaca sia favorevole a tale interpretazione un po' arbitraria del § 569. Trattavasi infatti di rapporti fra l'impero austriaco ed il principato di Liechtestein che hanno leggi civili identiche, e quella sentenza non poteva perciò risolvere se non la questione di *competenza* del tribunale straniero, e non già quella dell'adozione di una forma diversa da quella della legge austriaca.

francese infine, (1) accordando ai francesi all'estero di testare o nella forma olografa secondo la legge francese od in quella autentica secondo la legge locale, esclude il riconoscimento di ogni forma locale straniera non autentica. (2)

744. — Le difficoltà che derivano da tali disposizioni particolari hanno un'applicazione più generale nel caso di legislazioni secondo le quali un testamento sia essenzialmente un atto scritto; queste pongono al riconoscimento dei testamenti fatti dai nazionali all'estero nella forma verbale un ostacolo simile a quello che si oppone in molti paesi dove il matrimonio è un atto solenne, al riconoscimento del matrimonio consensuale contratto all'estero. La soluzione di tale questione, cioè la possibilità del riconoscimento di tali divieti imposti dalla legge di uno Stato ai propri sudditi, da parte della magistratura di un altro Stato dove siasi fatto o debbasi eseguire il testamento, dipende interamente dal considerare quelle norme eccezionali come elementi sostanziali (3) ed interessanti la capacità della persona o come elemento puramente formale. (4) E la causa dei conflitti sta appunto in ciò: che gli Stati dove tali divieti di un altro Stato dovrebbero ricevere esecuzione non li considerano, come infatti non sono, se non come regolamenti puramente formali. Essi sono infatti soltanto estrinsecamente relativi alla capacità della persona, nè basta che una legge regoli in un certo modo la forma degli atti fatti dai sudditi all'estero, perchè gli altri Stati debbano ravvisare in quel tentativo di regolamento estraterritoriale della forma un limite della capacità. Ma ciò che costituisce da parte di alcuni Stati una ingiustificabile contraddizione è la loro tenacia nel considerare come essenziali alla validità dell'atto le condizioni formali imposte ai loro sudditi che agiscono all'estero, mentre negano qualunque riconoscimento e qualunque applicazione agli stranieri nel proprio territorio alle analoghe disposizioni straniere.

È eccezionale sotto questo rispetto l'applicazione della reciprocità ai testamenti fatti in Belgio dagli olandesi, da parte della giurisprudenza belga che li ritenne invalidi benchè redatti nella forma olografa conformemente alle leggi belghe perchè erano fatti contra-

(1) Art. 999. — (2) Weiss, l. c., pag. 861, n. 2.
(3) Laurent, vol. VII. pag. 653.
(4) V. Laurent, vol. VI, pag. 651-4, 666-671, 676, 7, 8-685, 7-700.

riamente all'articolo 992 del codice olandese. (1) La giurisprudenza francese invece quando il testamento fatto da stranieri in Francia sia formalmente corrispondente alle leggi francesi, non solo non si preoccupa di indagare se sia conforme anche alla legge patria del testatore, (2) ma non tien conto nemmeno dell'espressa disposizione della legge patria che dichiari nullo il testamento fatto all'estero in quella forma. Così giudicò la corte d'Orleans nel caso di una olandese che avea testato colla forma olografa in Francia dove non era stata autorizzata a stabilire il proprio domicilio, respingendo la domanda presentata dai parenti di lei (3) per dichiarazione di nullità del testamento

La stessa applicazione della legge locale quanto agli atti compiuti in Italia è fatta dai tribunali italiani in applicazione dell'articolo 9 del nostro codice. (4)

745. — Infine alla piena applicazione della regola *locus regit actum* o della deroga facoltativa al suo impero da parte dei testatori si oppongono in taluni paesi restrizioni che si possono dire d'indole reale perchè il legislatore nel sancirle non bada per indicare la legge delle forme nè al luogo dell'atto, nè al diritto della persona che dispone, ma alla situazione della cosa di cui vien disposto. Così avviene nel diritto inglese ed americano (5) secondo i quali la forma di un testamento è retta quanto ai beni immobili dalla *lex rei sitae*; (6) e l'atto di Lord Kingsdown per l'Inghilterra non ammette l'adozione facoltativa da parte del testatore delle forme vigenti nel luogo dell'atto diverso da quello della situazione, se non rispetto ai beni mobili.

Il regolamento internazionale delle forme dei testamenti è dunque ben lungi dall'essere una serie di applicazioni della regola *locus regit actum;* per quanto riguarda gli immobili situati nel

(1) C. di Liegi 18, Giugno 1874: Dubois, *Bulletin de Jurispr. Belge en mat. de droit int.*; *Revue de Dr. Int.*, vol. VIII, pag. 483.

(2) C. di Aix 11 Luglio 1881, Meras c. Meras, Journal 1882, pag. 426-431 e trib. della Senna 1883, Duloup c. Duloup, Journal 1884, pag. 405-408.

(3) C. d'Orleans 4 Agosto 1859, l. c., pag. 408; trib. di Nizza, 30 Dicembre 1884 e C. di Aix, 1 Giugno 1885 Hartmann c. Mannerheim, Journal 1886, pag. 726, 7.

(4) C. d'ap. di Lucca, 23 Giugno 1882, *Annali di giurispr. cit.*, 1882, III, pag. 408.

(5) Salvo per quest'ultimo le eccezioni citate, pag. 725, 6.

(6) Lawrence, l. c., vol. III, pag. 123, 4; Field, art. 594.

proprio territorio, alcuni Stati ritengono necessarie le forme prescritte dalla propria legge; per quanto riguarda gli atti dei propri sudditi all'estero alcuni Stati esigono in tutto od in parte l'osservanza delle proprie forme; si ammette in generale l'adozione facoltativa di queste ultime da parte dei cittadini che dispongono all'estero, ma non si accorda colla stessa estensione l'uso delle forme nazionali agli stranieri che testano nel territorio; nè le eccezioni obbligatorie all'osservanza delle forme locali imposte da uno Stato ai propri sudditi che agiscono all'estero, vengono normalmente riconosciute negli altri paesi dove questi agiscono, nemmeno in quei paesi che in condizioni analoghe impongono analoghe obbligazioni ai propri cittadini; l'osservanza delle forme locali da parte dei cittadini all'estero si ammette quasi generalmente rispetto alla specie, non già rispetto al genere del testamento; e rispetto a questo non sono ben distinti dovunque i criteri ritenuti necessari perchè un testamento fatto all'estero esista, da quelli della forma secondo la quale, data la sua esistenza, esso può essere redatto.

Tutti questi punti, che abbiamo notato come non del tutto chiariti nei rapporti internazionali, dovrebbero venir definiti perchè tale materia risultasse scevra di conflitti; un notevole contributo all'eliminazione di questi ed alla possibilità pratica di attuare l'adozione facoltativa delle forme nazionali, risulta dall'estendersi delle attribuzioni dei consoli in tale argomento; rispetto all'eccezione facoltativa circa le forme non solenni, ed a quella obbligatoria alla regola *locus regit actum*, sarebbe poi frattanto necessario che ogni Stato adottante l'una o l'altra, ne ammettesse l'applicazione nei riguardi così dei nazionali come degli stranieri con piena reciprocità; così sarebbe almeno evitato quello fra i conflitti relativi a tale argomento che ha minor ragione di esistere dipendendo dall'attitudine assurda di Stati che temperando nel primo caso e confondendo nel secondo la regola della forma con quella dello stato personale rispetto ai sudditi, vogliono poi applicare nelle identiche condizioni la sola regola locale della forma agli stranieri.

746. — Ciò che si disse dei testamenti può applicarsi anche agli altri atti ed ai contratti relativi alle successioni, poichè la ragione della scelta d'una determinata legge per regolare il testamento non dipende dall'indole dell'atto ma piuttosto dall'indole della materia cui quell'atto si riferisce. Per tali ragioni le regole

relative al testamento sono applicabili anche alla donazione (1) in causa di morte conservata dal diritto spagnuolo, (2) dal diritto inglese, (3) e da una parte degli Stati americani; (4) ai contratti di istituzione d'erede ammessi in Prussia (5) e, nei rapporti fra coniugi, in Austria, (6) ed in Francia, (7) ed alla donazione fra vivi ammessa dal codice francese (8) e dal nostro. (9) Sono atti questi essenzialmente distinti dagli altri contratti, perchè il donatore, disponendo a titolo gratuito e diminuendo il suo patrimonio in pregiudizio della eredità, tocca indirettamente il campo del diritto ereditario. Perciò il regolamento del contenuto delle donazioni sarà soggetto nei vari paesi rispettivamente alle stesse norme e darà origine agli stessi conflitti che abbiamo notato parlando dei testamenti.

Così secondo il codice italiano la donazione non può comprendere se non i beni presenti del donante, e, se comprende beni futuri, è nulla riguardo a questi; (10) secondo il codice austriaco invece (11) il patto mediante il quale si donano i beni futuri sussiste soltanto in quanto non ecceda la metà di questi beni: ora l'estraterritorialità dell'una e dell'altra regola relativa alle donazioni fatte rispettivamente da italiani e da austriaci e cadenti sotto quelle disposizioni e la sua applicazione anche agli immobili situati in altri paesi, è o non è ammessa nei vari Stati nella stessa misura che rispetto ai testamenti. Il codice italiano dispone (12) che sia nulla qualunque donazione fatta sotto condizioni impossibili, o contrarie alla legge ed al buon costume; il codice francese invece si limita (13) a riputare tali condizioni come non scritte senza annullare la disposizione stessa: anche in ciò lo statuto delle donazioni differisce da quello dei contratti e si accosta a quello dei testamenti; poichè gli Stati i quali riconoscono la legge personale come regolatrice del contenuto di questi, la riconoscono come tale egualmente nel caso delle donazioni; sicchè un italiano non potrebbe prevalersi in Francia di una donazione fatta contrariamente all'articolo 1065

(1) Savigny, l. c., § 377, 8.
(2) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 452, 3.
(3) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 669.
(4) Stimson, pag. 343. — (5) Landr. pruss., I, 12, § 618.
(6) Cod. austr., § 1248. — (7) Art. 1082.
(8) Art. 893. — (9) Art. 1050. — (10) Art. 1064.
(11) § 941. — (12) Art. 1065. — (13) Art. 900.

del nostro codice, mentre un francese potrebbe invocare in Italia le disposizioni dell'articolo 900 del suo codice. Lo stesso può dirsi della riduzione, della risoluzione per sopravvenienza di figli e dei limiti alla donazione fra coniugi. (1) In Francia e negli altri paesi di diritto analogo il contenuto delle donazioni straniere sarà poi sottoposto alle leggi locali in quanto si riferisce ad immobili situati nel territorio; così giudicò la corte di cassazione francese (2) ritenendo che « nella donazione di beni immobili, qualunque sia la nazionalità degli interessati ed il luogo dove avvenne l'atto che contiene la donazione, sia secondo la legge francese che devono essere giudicati il valore di questo atto e la legalità delle stipulazioni che contiene ». Il contenuto sarà poi sottoposto nella sua totalità alla legge territoriale in ogni paese, anche in quelli che concedono più largo campo d'azione alla legge personale, quando trovisi in collisione coll'ordine pubblico; ed inoltre sarà secondo la legge del luogo dove la donazione si vuole eseguire, che si dovrà ricercare se una delle condizioni appostevi sia impossibile, o contraria alla legge od al buon costume.

Rispetto alla forma la confusione delle norme propriamente formali con quelle sostanziali apparisce ancora più chiaramente nelle donazioni di quello che nei testamenti: il codice francese ne impone la stipulazione davanti a notajo sotto pena di nullità; (3) il codice italiano (4) dichiara nulli tutti gli atti di donazione che non siano fatti per atto pubblico; perciò l'osservanza delle forme locali nel caso di atti di donazione fatti all'estero ed eseguibili nei territori governati da quei codici, non porterà veruna diminuzione alla loro validità ed alla loro forza probante soltanto nel caso in cui la differenza fra le forme imposte nel paese dell'esecuzione e quelle ammesse nel paese della redazione sia da *specie* a *specie* di forme *solenni*, ma sarà causa di invalidità quando la differenza sia fra le forme solenni e le forme semplici dell'atto privato.

Ciò che si disse delle donazioni e dei testamenti si applica infine sì per quanto si riferisce alla capacità ed al contenuto come per quanto riguarda la forma, alla divisione fatta dagli ascendenti

(1) Laurent, vol. VI, pag. 491-500.

(2) 2 Aprile 1884. Antonelli c. Garcia de la Palmira, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1885, pag. 77-79.

(3) Art. 931. — (4) Art. 1056.

fra i loro discendenti regolata dal codice francese, (1) da quello italiano, (2) dal diritto montenegrino, (3) e non dal codice austriaco che però, ammettendo la donazione in causa di morte la quale fino ad un certo punto può conseguire gli stessi scopi della divisione e non ripugnando del tutto da pattuizioni relative all'eredità fra l'erede ed i successibili, non si può dire respinga come contraria al diritto pubblico la divisione d'ascendenti, ma piuttosto la ravvisi come un'applicazione naturale del principio regolante quei patti che non richiedeva una trattazione a parte. (4) Tanto secondo il diritto italiano quanto secondo quello francese (5) tali divisioni possono farsi per atto fra vivi o per testamento; sicchè nel campo delle relazioni internazionali, rispetto alla capacità del disponente, al contenuto della disposizione ed alla forma di questa, esse soggiacciono a doppio titolo alle regole proprie delle donazioni e dei testamenti, cioè come atti di disposizione della sostanza che possono interessare i legittimari, e come atti che una disposizione di legge assimila anche formalmente alle donazioni ed ai testamenti.

747. — Le regole relative alla capacità dei successibili si riducono ad una applicazione di quelle studiate in generale circa lo stato e la capacità della persona. Bisogna, anche nel caso della successione, distinguere le disposizioni delle singole leggi che si riferiscono alle condizioni generali necessarie in chi deve succedere, quelle che si riferiscono ad incapacità speciali dipendenti dal fatto stesso dei successibili, e quelle infine che contengono i limiti al diritto di acquistare delle persone giuridiche. Della prima specie sono le disposizioni del nostro codice che subordinano la capacità a succedere all'esser concepito al tempo dell'apertura della successione, (6) salva l'eccezione contenuta nell'articolo 764, ed all'esser nati vitali; quella che dichiara quei figli del testatore nati fuori di matrimonio dei quali non sia ammesso il riconoscimento legale, incapaci di conseguire più che gli alimenti; (7) quella che dichiara i figli naturali non legittimati incapaci, se vi sono discendenti od ascendenti legittimi del testatore, di ricevere per testamento più

(1) Art. 1075-1080. — (2) Art. 1044-9.

(3) Jovanovich. l. c.

(4) Polacco. Della divisione operata da ascend. fra discendenti, Padova, Drucker e Tedeschi 1885, pag. 220-3.

(5) Art. 1045 del c. c. it., e 1076 del c. c. fr.

(6) Art. 724. — (7) Art. 767.

di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata, (1) e le altre relative alle capacità del tutore, del secondo coniuge e del notajo. (2) Analoghe sono le disposizioni del (3) codice francese e di quello (4) portoghese; le regole del diritto inglese circa l'incapacità assoluta degli illegittimi nascituri e quella relativa degli illegittimi esistenti, (5) quelle di alcuni diritti americani contro le disposizioni a favore dei testimoni, dei medici, dei figli naturali, e dei non concepiti alla morte del testatore (6) e quelle del diritto spagnuolo contro i figli *ex damnato coitu*. (7)

Le disposizioni della seconda categoria possono suddistinguersi a seconda che il fatto volontario per cui il successibile vien dalla legge dichiarato incapace è lecito od illecito; nel primo caso si ha una incapacità speciale, nel secondo un motivo d'indegnità. Della prima specie sono le regole del codice portoghese (8) che dichiarano incapaci di ricevere i religiosi professi in quanto non siansi secolarizzati o le loro comunità non siano state soppresse; quelle del diritto spagnuolo (9) e del diritto russo (10) relative ai religiosi professi. Della seconda specie sono tutti i motivi propriamente detti di indegnità. Così il codice italiano dichiara indegno chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere quello della cui successione si tratta, chi lo avesse accusato di reato punibile con pena criminale quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio, chi l'avesse costretto a fare od a mutare il testamento chi l'avesse impedito di fare testamento o di rivocare quello già fatto, o avesse soppresso, celato od alterato il testamento, pur ammettendo che la persona della cui eredità si tratta possa liberare l'indegno da tale incapacità (11); e toglie i diritti di successione accordati al coniuge superstite a quel coniuge contro cui il defunto abbia ottenuto sentenza di separazione passata in giudicato. (12) Il codice francese aggiunge a tali indegnità quella dell'erede in età

(1) Art. 768. — (2) Cod. civ. ital. art. 769. 770. 771.
(3) Cod. civ. fr. art. 725, 908. 909.
(4) Cod. civ. port. art. 776. 1777. 1767. 8. 9.
(5) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 676. 7.
(6) Stimson, l. c. pag. 347. 8. 9, 350. 404. 5.
(7) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 431.
(8) Art. 1779. — (9) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 431.
(10) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 379.
(11) C. c. it., art. 725. 6. — (12) Art. 757.

maggiore che, informato dell'omicidio del defunto, non lo avesse denunziato alla giustizia; (1) il codice russo (2) priva di tutti i diritti di famiglia gli individui condannati ai lavori forzati od alla deportazione in Siberia; il codice portoghese (3) dispone che il coniuge adultero non possa disporre a favore del proprio complice, e (4) va d'accordo col nostro codice rispetto a chi attenta alla vita del testatore o gli fece violenza relativamente alle sue disposizioni testamentarie; ed il codice della Luigiana riproduce i motivi di indegnità di quello francese. (5)

Le regole restrittive alla successibilità delle persone giuridiche sono infine in gran parte informate ai principi che predominano nei varî Stati circa i rapporti della società civile colla Chiesa e circa gli effetti prodotti dal sottrarre all'eventualità del frazionamento e della trasmissione una gran parte della ricchezza nazionale. In Italia i corpi morali legalmente riconosciuti sono considerati come persone ma godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico, (6) i beni dei corpi morali appartengono ai medesimi in quanto le leggi del regno riconoscano loro la capacità di acquistare di possedere, (7) l'usufrutto stabilito a favore di corpi morali non può eccedere la durata di trent'anni (8) e le successioni e le donazioni a favore di corpi morali non possono essere accettate se non coll'autorizzazione del governo; (9) e le disposizioni generiche per l'anima e quelle per istituire e datare benefici semplici e capellanie laicali sono nulle. (10) Il codice francese subordina all'autorizzazione governativa l'efficacia delle disposizioni a favore degli ospitali, dei poveri d'un comune e degli stabilimenti di pubblica utilità. (11) In Inghilterra l'acquisto di immobili da parte di persone giuridiche è sottoposto all'autorizzazione della corona, e vi esistono inoltre certi limiti di modo e d'entità circa l'attitudine a succedere delle società e delle corporazioni. (12) In Spagna invece fu tolta ogni limitazione relativa alle persone giuridiche riconosciute e per la Chiesa, (13) e così pure dispone il diritto russo ed il codice delle Provincie Baltiche. (14)

(1) Art. 727. — (2) Art. 1107. — (3) Art. 1771.
(4) Art. 1782. — (5) Art. 965-9. — (6) Cod. civ. ital. art. 2.
(7) Art. 433. — (8) Art. 518. — (9) Art. 932, 1060.
(10) Art. 831-3. — (11) Art. 910.
(12) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 148, 9, 655.
(13) Lehr. *Dr. Civ. Esp.*, pag. 431. — (14) Art. 1697.

748. — Il criterio di diritto internazionale adottato circa la capacità a succedere delle persone giuridiche è il più uniforme nel senso della territorialità: la persona giuridica infatti, in quanto agisce, interessa la vita sociale dello Stato dove la sua azione tende ad esercitarsi; ed in quanto possiede interessa l'organizzazione economica di quello. Perciò quelle regole speciali (1) che rispetto a tali persone temperano e modificano, anche nei paesi che riconoscono l'estraterritorialità dello stato e della capacità personale, l'applicazione di tale norma per quanto riguarda il fatto ed il modo dell'esistenza delle persone giuridiche, devono far sentire il loro impero sulla loro capacità a succedere, la quale, a qualunque paese appartenga il disponente e dovunque sia fatta la disposizione, non può praticamente sussistere se non nei limiti e nel modo ammessi dalla legge del paese dove quella persona dovrebbe istituirsi, o dove sono situati i beni che a quella persona dovrebbero essere attribuiti.

I motivi di indegnità e di incapacità speciali delle persone fisiche come le regole normali circa le capacità soggiaceranno dunque alle regole rispettivamente adottate nei vari paesi circa l'estraterritorialità dello statuto personale subordinata, anche dove la si ammette, ai limiti derivanti da quelle esigenze dell'ordine pubblico, che sono tanto più esclusive ed assolute quanto più quelle indegnità e quelle incapacità speciali invece di trovare la loro ragione nel diritto comune dello Stato a cui appartiene il successibile o dove deve eseguirsi la disposizione, dipendono da criteri eccezionali derivanti dalla distinzione fra le classi sociali, o da motivi d'ordine religioso, o da negazione di diritti supremi dell'uomo riconosciuti altrove come parte inseparabile della sua esistenza giuridica. (2)

Alle leggi della prima specie cui abbiamo accennato trovano infine applicazione le regole normalmente applicate nei rispettivi paesi circa lo stato e la capacità della persona in genere. Dove l'estraterritorialità di questo si riconosca come nel nostro paese nelle più larghe proporzioni possibili, il campo della legge del testatore e quello della legge dell'erede trovansi delimitati così che la prima determina quali categorie di persone siano chiamate alla successione ed in qual ordine vi siano chiamate, mentre la seconda determina in quanto il successibile possa pretendere di venir con-

(1) V. II. pag. 280-9. — (2) V. vol. II. pag. 290-2.

siderato appartenente a quella categoria. La prima determina per esempio i diritti dei figli legittimi e dei figli naturali, la seconda indica se un individuo debba considerarsi figlio legittimo o naturale del defunto. Così se morendo un italiano si presentasse un tedesco per raccogliere una parte della sua successione come figlio naturale invocando una ricerca della paternità compiuta in Germania; la porzione ereditaria sarebbe determinata dalla legge italiana, ma la qualità di figlio naturale dalla legge tedesca. Del pari in Inghilterra rispetto alla successione mobiliare, si ammette che la qualità di figli del defunto e la susseguente capacità che ne deriva a raccogliere la successione, sia determinata dalla legge del domicilio di chi pretende ad una parte nella successione. (1)

Di una giusta applicazione di tali principi diedero esempio i tribunali francesi a proposito della contestata successione di un russo. Garfunkel russo naturalizzato francese lasciava cinque milioni in usufrutto alla vedova, attribuendo la proprietà per metà a Rebecca Rabinovitch qualificata nel testamento figlia legittima e per l'altra a Paolina Vuitch qualificata figlia adottiva. Quest'ultima e la vedova contestarono lo stato della figlia qualificandola come naturale. In seguito ad un'inchiesta fatta dal tribunale di Minsk, dove il defunto aveva avuto, prima di trasferirsi in Francia, il proprio domicilio, il tribunale francese, applicando le leggi russe, decise che era nulla invece l'adozione, che la figlia era legittima ed era la sola erede del defunto; e che la vedova essendo francese non poteva ereditare se non nei limiti della legge francese. (2) Invece il figlio straniero appartenente ad un paese dove sia completa la libertà di testare non potrebbe venir diseredato dal proprio padre francese, poichè mentre la sua qualità di figlio e le sue attitudini personali devono giudicarsi secondo la sua legge nazionale, la legittima che gli compete deriva da una limitazione della capacità del padre a disporre che dev'essere regolata dalla legge di quest'ultimo. (3)

Da tutto ciò risulta che gli Stati i quali ammettono, in proporzioni maggiori o minori nei riguardi degli effetti sulle varie specie di beni, l'estraterritorialità dello stato e della capacità per-

(1) Alexander. De la filiat. legit. en droit int. pr. l. c., pag. 495-502.

(2) Martens. vol. II, pag. 458, 9.

(3) *Journal de Dr. Int. Privé*, Questions et solutions pratiques. 1888, pag. 77-80 e *Journal* 1879, pag. 549.

sonale, ammettono altresì che lo stato dei successibili e la capacità a succedere che ne deriva debbano essere regolati secondo le stesse leggi.

Quando invece non si tratti più di norme di capacità collegate allo stato della persona, ma col fatto proprio e volontario della persona stessa, allora anche in quanto la tutela dell'ordine pubblico non imponga a quegli Stati di prescindere dallo statuto personale, vi si deve aver riguardo secondo i casi ad entrambe le leggi: a quella cioè del defunto ed a quella del successibile. Infatti se il defunto è morto intestato ed un erede dichiarato indegno dalla legge del proprio paese ma non da quella del defunto si presenta per raccogliere parte della successione, egli dovrà essere ritenuto incapace; se quel defunto ha lasciato un testamento nel quale non dispone punto a favore di quel parente che sarebbe erede necessario, questo come indegno secondo la legge propria non potrebbe ammettersi a rivendicare la propria legittima; e se quel defunto secondo la legge del quale sarebbe indegno un erede necessario che sarebbe invece capace secondo la propria legge non dispone a favore di lui, questo non potrebbe rivendicare la propria legittima perchè vi si opporrebbe il principio che vuol regolato il contenuto del testamento dalla legge personale del testatore.

All'applicazione in questi limiti della legge personale alla capacità dei successibili, si oppone in alcuni Stati la estensione del diritto dei successibili nazionali all'ordine della successione (1) ed in molti altri il sistema seguito dalla assoluta territorialità degli immobili. Così in Inghilterra e negli Stati Uniti lo stato e la capacità dei successibili sono, relativamente ai beni immobili, giudicati del tutto secondo le leggi locali; sicchè un figlio naturale straniero non potrebbe presentarsi come *figlio* per concorrere nella successione in-

(1) Così la giurisprudenza francese quando la legge straniera contenga disposizioni contrarie a taluno dei diritti essenziali e fondamentali consacrati dalla legislazione francese e che toccano all'ordine pubblico come la riserva; ed il codice civile chileno art. 998: In caso di successione ab intestato d'uno straniero morto nel Chilì o fuori del Chilì, i chileni avranno a titolo di eredi od in quanto concerne la parte di coniuge sopravvivente e gli alimenti, gli stessi diritti che le leggi chilene riconoscono loro sui beni d'un chileno morto ab intestato. I chileni interessati potranno domandare che si aggiudichi loro sui beni di uno straniero situati nel Chilì tutta la parte che spetta loro nella successione di lui ». Le stesse norme sono applicabili alla legittima nella successione testamentaria.

testata immobiliare del padre, od in quella testamentaria di chi avesse lasciato eredi i proprî *figli* in genere, e la successibilità dello straniero rispetto a quei beni sarebbe giudicata con perfetta esclusione d'ogni motivo d'incapacità e d'indegnità risultante dalla legge straniera, del tutto secondo quelli della legge inglese; ed egualmente si giudicherebbe in Francia quando si tratti di immobili. (1)

749. — Data ora come certa la misura dei diritti successorî e la capacità di coloro che devono esercitarli, resta a vedere secondo qual diritto debba seguire l'apprensione dell'eredità e dei varî beni che la compongono situati eventualmente in diversi territori.

I diritti dei varî paesi rispetto all'apprensione dell'eredità possono distinguersi in due categorie, secondo che ammettono o non ammettono il passaggio negli eredi *ipso jure* del possesso dei beni. Il nostro codice (2) dispone che il possesso dei beni passi di diritto nella persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione, facendo eccezione soltanto (3) per i figli naturali i quali, quando hanno diritto ad una parte dell'eredità in concorso con figli legittimi, debbono chiederne a questi il possesso; ed il codice olandese segue lo stesso sistema. (4) Il codice francese è in questo senso meno completo dei precedenti, disponendo che (5) l'immediato possesso dei beni, diritti ed azioni del defunto, passi *ipso jure* negli eredi *legittimi;* (6) i figli naturali però ed il coniuge superstite devono farsi immettere in possesso giudizialmente; si fa dunque una distinzione sostanziale fra successori regolari ed irregolari; e la norma stabilita si riferisce esplicitamente ai soli eredi legittimi restando così quella legge, quantunque nello stesso indirizzo di quelle italiana ed olandese, più lontana di loro dalla meta. Più completi nel senso della nostra legge sono il codice portoghese (7),

(1) Journal 1882 pag. 7. Corte di cassazione, 4 Aprile 1881: « Il diritto di riserva si applica in quanto concerne gli eredi riservatarî sugli immobili francesi anche se quegli eredi non hanno diritto ad alcuna riserva secondo la loro legge nazionale ». Tale sentenza però vien citata a torto dall'autore della nota come riconoscimento di prevalenza circa la riserva della legge del defunto su quella dell'erede: essa implica invece la prevalenza su entrambe della legge dell'immobile: quel principio risulta invece dalla sentenza della corte di Pau già citata alla pag. 691 rispetto alla successione mobiliare di un francese aperta all'estero.

(2) Art. 925. — (3) Art. 927. — (4) Art. 880, 1001. 2.

(5) Art. 724. — (6) Così il codice rumeno: V. Suliotis. l. c., pag. 561.

(7) Art. 2011.

secondo il quale « la trasmissione della proprietà e del possesso dell' eredità negli eredi tanto istituiti quanto legittimi, avviene al momento della morte di colui della cui eredità si tratta; » e quelli di San Salvador, (1) del Chili (2) e della Luigiana. (3) Anche secondo il Landrecht prussiano ed il diritto inglese non è fatta distinzione fra la successione e l'acquisto dell' eredità; l'erede acquista per effetto della morte del *de cujus* senza che sia necessaria nè una dichiarazione nè un' apprensione materiale; (4) così avviene anche in Svizzera nei cantoni di Argovia, Appenzell interiore ed esteriore, Basilea città e campagna, Glarus, Sciaffusa, Schwitz, Soletta, Turgovia, Unterwalden alto e basso, Uri, Zug e Zurigo. (5)

Secondo il diritto inglese, perchè il titolo dell'erede divenga completamente efficace quando si tratta di successione negli immobili, è necessario che di questi l'erede prenda possesso, ossia, come si dice, faccia il suo ingresso nel fondo (make entry on the land); la *entry* può essere fatta per via di giurisdizione volontaria, o contenziosa o di riconoscimento volontario da parte del superiore; (6) delle cose mobiliari poi il possesso non passa direttamente all'erede ma a chi dal testatore venne indicato come esecutore od, in mancanza di tale designazione, fu nominato amministratore dalla *Probate Division* dell'alta corte di giustizia; in quest'ultimo caso, e fino alla nomina dell'amministratore, è il presidente di quella corte che trovasi investito legalmente dei beni personali del defunto. (7)

In vari Stati della confederazione americana nei casi di successione nei beni immobili gli eredi legittimi od una parte di essi possono presentare una petizione al magistrato delle successioni dando notizia della morte e dell'ultima residenza dell' intestato, del numero degli eredi, del loro nome, età e residenza dei loro rapporti col defunto, e descrivendo il più precisamente possibile i beni ed i rispettivi interessi che vi accampano gli eredi; ed il giudice può esaminare testimoni, ed emanare poi un decreto, od apporre

(1) Art. 1203, 4.
(2) Art. 1232, 3 Böhm l. c., Erganzungsband pag. 161, 6.
(3) Art. 940, 1. — (4) Die Rechtsverfolgung, pag. 43 e 99.
(5) L. c., pag. 144.
(6) Lehr, *Dr. Civ. Angl.* pag. 700, 1, Lorimer, l. c., pag. 201-5.
(7) Westlake, l. c., § 54, 6.

una legittimazione alla petizione, che deve poi venir registrata nell'ufficio dei registri fondiari, e costituire una presunzione a favore dei fatti accennativi in tutti i procedimenti concernenti la successione su quei beni. (1)

Secondo la legge austriaca (2) il diritto di proprietà passa nell'erede indipendentemente dalla presa di possesso così da poter egli trasmetterlo ai propri eredi quando per rinunzia o per altro modo non sia cessato prima della sua morte, ma nessuno può d'autorità propria prendere possesso dell'eredità; (3) il diritto di succedere deve provarsi davanti al giudice sia che dipenda da disposizioni d'ultima volontà, da patto successorio, o dalla legge, ed a lui deve domandarsi l'aggiudicazione dell'eredità o sia l'immissione nel possesso legale: lo stesso avviene nei territori croati e slavoni della corona d'Ungheria (4) e nella Bosnia ed Erzegovina. Nei paesi dov'è ancora in vigore il diritto comune acquistano *ipso jure* la eredità soltanto coloro che erano nella patria potestà del defunto o vi sarebbero stati s'egli avesse vissuto fino alla loro nascita, ed essi sono considerati come in possesso dell'eredità tostochè abbiano anche tacitamente fatto atto di possesso sui beni di quella; per gli altri eredi l'acquisto del diritto stesso di proprietà dipende dalla accettazione, sicchè se uno di tali eredi muore prima di questa il suo diritto di regola non si trasmette ai suoi successori. (5) Il diritto russo riconosce che soltanto il possesso dei beni detti ereditari deve dipendere dalla conferma giudiziaria (6) prima della quale però l'erede è autorizzato a vendere i beni ereditari purchè non consegni l'atto di vendita se non dopo quella conferma. Nelle Provincie Baltiche chi fa atto di possesso dell'eredità devoluta a suo profitto è presunto accettante; ma chi, non essendo in possesso, lascia passare il termine legale senza pronunciarsi, è presunto rinunciante; se muore però entro quel termine trasmette, egualmente condizionato, il proprio diritto agli eredi. Il possesso degli immobili ereditari è ottenuto e registrato per mezzo del tribunale competente o del notajo in capo; quello dei mobili si ot-

(1) New York. c. c. art. 2654-7. N. Jersey, Pennsylvania, Michigan, Wisconsin, California e Minnesota. Stimson, pag. 389.

(2) § 537. — (3) § 797, 9. — (4) Reuling. pag. 102, 112.

(5) Laurent. vol. VI, pag. 610, 1 e Reuling. pag. 46.

(6) Art. 1254.

tiene mediante tradizione autorizzata dall'autorità giudiziaria. (1) Lo stesso sistema è mantenuto in Francia per i successori irregolari. (2) In Spagna la dichiarazione è necessaria per l'acquisto dell'eredità e l'astenersi dal farla nel termine legale equivale a rinuncia, ma l'intervento dell'autorità giudiziaria non è normalmente necessario; (3) è necessario invece nel Perù. (4)

750. — La proprietà può dunque essere acquistata coll'adizione, ed il possesso coll'apprensione materiale; oppure la proprietà si acquista *ipso jure* e la immissione del possesso deve essere la conseguenza di un'autorizzazione giudiziale, od il possesso deve acquistarsi coll'apprensione materiale; o nel silenzio degli eredi, proprietà e possesso sono considerati come una conseguenza diretta della legge. Ora tali varie condizioni secondo le quali si realizza il diritto degli eredi alla successione, formano uno statuto personale oppure uno statuto reale? Soggiacciono cioè, secondo il diritto dei paesi che ammettono l'unità della successione governata dalla legge personale, al diritto del defunto dovunque siano situati i beni, o sono determinate singolarmente in modo obbligatorio per tutti dal diritto del paese dove i beni sono situati? La risposta non può essere dubbia rispetto agli Stati che ammettono in tutto od in parte la territorialità del diritto successorio, poichè se in quelli è sottoposto alla legge della situazione dei beni il diritto di trasmettere del *de cujus*, il diritto di ricevere degli eredi considerato nella sua essenza e la misura di tale diritto, a più forte ragione deve esservi sottoposto alla medesima legge il modo di farli valere.

Le opinioni degli autori sono invece divergenti circa la risposta da darsi a quella domanda nei riguardi di quei paesi dove prevale la personalità del diritto successorio. Il Fiore e l'Antoine ammettono senza esitare l'applicazione della *lex rei sitae*, a tutto quanto si riferisce all'acquisto ed all'investitura dell'eredità. (5) L'Esperson invece sostiene che secondo la stessa legge regolante la successione debbasi decidere se l'erede acquisti di pieno diritto il possesso dell'eredità senza aver bisogno di una presa di pos-

(1) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 253. 4. 473. 4.
(2) Cod. civ. fr. art. 724.
(3) Böhm. l. c., Erganzungsband, pag. 101. 2.
(4) Cod. civ. art. 760, 5, Böhm. l. c., pag. 165.
(5) Fiore, l. c. pag. 526. 7. ed Antoine l. c. pag. 91.

sesso materiale, o se questa sia necessaria; ed ammette che se il defunto era un austriaco gli eredi non possano, nemmeno quanto ai beni situati in Italia, invocare le disposizioni del codice civile italiano a termini del quale il trasferimento del possesso all'eredità ha luogo di pieno diritto senza che vi sia bisogno di atto materiale. (1) Il Laurent (2) sostiene pure in teoria l'applicazione della legge personale, ma si limita ad addurre ad esempio dell'applicazione della sua dottrina le leggi che esigono e quelle che non esigono un atto materiale dell'erede, tacendo di quelle che esigono sempre una immissione di possesso da parte dell'autorità giudiziaria; anzi, quando questa in qualche caso speciale sia richiesta, come in Francia per successioni irregolari, ammette (3) che prevalga lo statuto reale. Ma è preferibile l'opinione che ritiene sempre prevalente la legge territoriale; non trattasi infatti del diritto ereditario in sè, ma del modo di farlo valere, dell'acquisto del possesso e della sua opponibilità ai terzi; sono regole insomma in nulla dissimili da quelle (4) che devono evidentemente essere in modo assoluto ed esclusivo imperanti nei limiti territoriali dello Stato che le ha sancite.

Tale è la soluzione adottata dal diritto francese (5) e risulta ammessa implicitamente da una sentenza della corte d'appello di Firenze del 1886. (6) Trattavasi della successione di un francese; gli eredi avevano ceduta fra vari beni una miniera situata a Krapina in Croazia, e si domandava dalla compagnia l'esclusione di tale miniera dalla cessione perchè gli eredi non avevano domandata l'aggiudicazione dell'eredità secondo il codice austriaco. La corte nel respingere quella eccezione si fondava sulla circostanza che anche secondo la legge austriaca il diritto ereditario passa senza soluzione di continuità negli eredi alla morte del *de cuius*, e l'aggiudicazione non crea ma riconosce il diritto ed attribuisce il possesso; e pur riconoscendo le conseguenze derivanti da tale attribuzione in genere e dalla sua mancanza nel caso concreto, non riteneva che tali conseguenze fossero tali da togliere agli eredi la facoltà di disporre dei loro diritti nei limiti

(1) Esperson, Le dr. int. pr. dans. la legislat. it., tit. III.

(2) Vol. VI, pag. 584, 596-8. — (3) Pag. 614. — (4) V. pag. 501. 2.

(5) Laurent, vol. VI, pag. 585, 6, 7, 600.

(6) Comp. Gresham e Roetti c. Eredità Mages, *Annali*, 1886. III, pag. 205-210.

nei quali la legge austriaca li riconosceva. Così il diritto argentino, che pur ammette l'unità della successione retta dal diritto dell'ultimo domicilio del defunto, (1) stabilisce (2) che il modo di trasferimento e della presa di possesso dei beni immobili situati nell'Argentina e dei beni mobili che vi hanno una situazione permanente e sono posseduti senza intenzione di trasportarli, è regolato dalle leggi locali.

Da tuttociò risulta che l'erede italiano il quale secondo la sua legge personale non ha bisogno rivolgersi all'autorità giudiziaria per poter esercitare il diritto di proprietà e le azioni derivanti dal possesso dei beni ereditari, non potrà pretendere di esercitare tali azioni sui beni situati nei paesi di diritto comune e in quelli retti dal diritto austriaco finchè non abbia adempiuto le condizioni richieste dalle leggi locali. Nello stesso modo l'erede austriaco non avrà bisogno di alcuna aggiudicazione per poter agire come proprietario e come possessore sui beni ereditari situati in Italia. Così sarà del figlio naturale francese quando non concorra con ascendenti o discendenti, e del coniuge francese in ogni caso, sui beni ereditari situati in Italia; mentre e l'uno e l'altro, quantunque italiani, non potranno agire in Francia rispetto ai beni ereditari situativi se non dopo averne ottenuta l'aggiudicazione. Così dicasi nei rapporti fra i paesi che esigono e quelli che non esigono una dichiarazione od una presa materiale di possesso da parte dell'erede per ritenerlo investito dei beni formanti parte dell'eredità.

751. — Indipendentemente dal ritenere o no necessario un atto dell'autorità giudiziaria, od un atto di volontà espressa o tacita dell'erede per riconoscere perfetto il diritto di questo alla successione, le leggi dei vari paesi civili vanno d'accordo nell'ammettere che esso possa accettare l'eredità o rinunziarvi, ed alcune ammettono che possa accettarla sotto determinate condizioni.

Secondo il codice italiano l'eredità può essere accettata puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario; (3) l'accettazione può essere espressa quando si assume la qualità di erede in un atto pubblico od in una scrittura privata, o tacita quando l'erede fa un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità e che non avrebbe il diritto di fare se non

(1) C. c. arg., art. 3283. — (2) Art. 10, 1. — (3) Art. 929.

nella qualità di erede; (1) alla rinuncia deve procedersi con una dichiarazione fatta presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione, sopra un registro tenuto all'uopo; (2) la dichiarazione di un erede che egli non intende di assumere questa sua qualità se non col beneficio dell'inventario, dev'essere fatta nella cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione ed iscritta nel registro degli atti di rinunzia; (3) esso può valersi del beneficio dell'inventario nonostante qualunque divieto del testatore; (4) l'effetto del beneficio dell'inventario consiste nel limitare le obbligazioni dell'erede quanto ai debiti ereditari ed ai legati al valore dei beni pervenutigli, nel dargli modo di liberarsene cedendo tutti i beni dell'eredità ai creditori ed ai legatari e nell'impedire la confusione dei beni dell'erede con quelli dell'eredità conservandogli contro di questa il diritto di ottenere il pagamento dei propri crediti. (5) In modo analogo dispone il codice civile francese. (6)

Il diritto spagnuolo riconosce all'erede il beneficio di *deliberaione* che consiste in un termine fissato dal giudice con un massimo di nove mesi per assumere informazioni sull'opportunità di accettare e di rinunciare; e quello dell'*inventario* che produce effetti analoghi a quello del diritto nostro. (7) Il Landrecht prussiano limita pure gli obblighi dell'erede all'ammontare della successione se egli nel termine di sei mesi dopo spirato il termine di riflessione avrà presentato un inventario davanti al tribunale della successione, o domandato che vi si proceda giudiziariamente. (8) Il beneficio dell'inventario colle stesse conseguenze a favore dell'erede è ammesso dal codice austriaco (9) che non solo dichiara nullo il divieto oppostovi dal testatore, ma anche la rinuncia fattane nel patto successorio stipulato fra coniugi. Il codice portoghese (10) ammette pure entrambe le forme di accettazione, ma stabilisce, anche nel caso della accettazione pura, che l'erede non sia obbligato oltre l'attivo dell'eredità; la diversità di condizioni nei due casi sta in ciò che, quando l'erede abbia accettato semplicemente, è obbligato a provare che l'eredità non consta di beni suffi-

(1) Art. 934. — (2) Art. 944.
(3) Art. 955. — (4) Art. 956. — (5) Art. 968.
(6) Art. 774, 8, 784, 793, 802.
(7) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 477-9.
(8) Reuling., pag. 43. 4. — (9) § 802, 3. — (10) Art. 2018-2063.

cienti al pagamento dei debiti, mentre quando l'accettazione fu fatta beneficiariamente incombe ai creditori provare che l'eredità ha altri beni oltre a quelli inventariati.

In Scozia quando l'erede unisce alla istanza una specificazione dei beni, la sua rappresentazione passiva del defunto è limitata ai beni specificati raggiungendosi così lo stesso scopo che col beneficio dell'inventario. (1) In Inghilterra è ignota nei suoi effetti la accettazione semplice; (2) è ignota pure la facoltà di ripudiare la successione; (3) ma la condizione normale dell'erede inglese corrisponde a quella dell'erede italiano accettante beneficiariamente perchè egli non è di regola tenuto ai debiti oltre il valore di quanto ha ricevuto, non ha bisogno di veruna precauzione per limitare a tale valore la propria responsabilità, e la sua personalità economica non si confonde con quella del defunto. Invece dal diritto russo non è ammessa accettazione condizionata e chi accetta è tenuto oltre l'attivo dell'eredità raccolta, confondendosi in ogni caso i due patrimoni a favore dei creditori della successione; si ammettono soltanto alcune eccezioni a favore dei minori che non abbiano raccolto beni dai proprî genitori e che poi vengano chiamati per rappresentazione alla successione di un ascendente. (4)

Rispetto al diritto di accettare o di rifiutare semplicemente o condizionatamente, al modo nel quale l'atto di accettazione o di rinuncia dev'essere fatto, ed agli effetti che ne derivano verso i terzi, non si può badare ad una sola legge come regolatrice, ma si deve distinguere il campo d'azione di quella personale, di quella del paese dove l'atto è compiuto, e di quella del luogo dove i beni sono situati. Per constatare la facoltà di accettare o di ripudiare puramente o condizionatamente, bisogna aver riguardo alla legge della successione, ed, ogniqualvolta la legge dell'erede gli divieti una data specie di accettazione, anche al suo diritto personale; così per l'accettazione della successione di un russo aperta in Italia si dovrà badare alla legge russa che non lascia altra scelta all'infuori di quella fra la semplice accettazione e la semplice rinuncia, ma se fra gli eredi vi fossero minori od interdetti italiani dichiarati dalla loro legge (5) incapaci di accettare puramente e

(1) Lorimer, pag. 204. — (2) Pavitt, pag. 108, 9.
(3) Lehr, *Dr. Civ. Angl.*, pag. 701.
(4) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 460-6. — (5) Cod. civ., art. 930.

semplicemente, essi dovrebbero venir ammessi ad accettare col beneficio dell'inventario. Così dovrebbe essere del diritto dei creditori a domandare la divisione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; quelli che hanno tale beneficio garantito dalla propria legge e che hanno contrattato sotto la garanzia di tale beneficio, non possono esserne privati per effetto di una legge che non conoscano, e potranno invocarlo nel proprio paese e negli altri che lo ammettono rispetto ai beni che vi si trovano; soltanto quanto alle forme ed ai termini dovranno uniformarsi alle singole leggi territoriali; il loro diritto, a qualunque paese essi e la successione appartengano, si prescriverà nel termine di tre anni riguardo ai mobili in Francia; sarà subordinato in Belgio riguardo agli immobili all'iscrizione presa (1) nel termine di sei mesi dall'apertura della successione, e non potrà esercitarsi in Italia (2) se non nel termine di tre mesi dall'apertura della successione.

Così le forme degli atti di accettazione o di rinuncia che rispetto all'indole loro sono regolate da disposizioni soprattutto negative che si riferiscono indiscutibilmente alla legge personale, (3) soggiacciono come quelle di tutti gli altri atti nella loro specie estrinseca al diritto del luogo dove l'atto vien compiuto; ma quanto ai loro effetti cadono indirettamente sotto la legge dei singoli territorî dove i beni sono situati. Tuttociò che si riferisce (4) alla certezza dei diritti sulle cose ed alle loro conseguenze nei riguardi dei terzi, forma infatti parte della legge territoriale che è assoluta in quanto interessa quell'ordine dello Stato che è costituito in tanta parte dalla garanzìa dei diritti acquisiti. Perciò, mentre nei paesi di diritto comune il silenzio dell'erede equivale a rinuncia ed in Italia la rinuncia non si presume e deve essere fatta in forma pubblica, il semplice silenzio dell'erede italiano equivarrà a rinuncia sui beni situati nei paesi di diritto comune, ed il silenzio degli eredi appartenenti a questi ultimi territori non equivarrà mai a rinuncia rispetto ai beni situati in Italia, e l'aver ricevuto qualche cosa che formi parte della successione costituirà in Ispagna per ogni erede o legatario una irrevocabile accettazione ed una implicita rinuncia a domandare la nullità del testamento relativo a quell'eredità. (5)

(1) Legge ipotecaria belga art. 39. — (2) C. c. ital., art. 2057.
(3) Cod. civ. ital., art. 930, 944. — (4) V. pag. 501, 2.
(5) Tribunale supremo di Spagna, 20 Febb. 1885. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1888, pag. 139.

Trattasi di atti che iniziano, compiono od impediscono un trasferimento di proprietà; ora tuttociò che riguarda il diritto di trasferire appartiene allo statuto personale, ma quanto si riferisce ed al significato ed al valore degli atti coi quali si intende di compiere il trasferimento soggiace alla legge del luogo dove i beni cui questo si riferisce sono situati.

752. — Nella divisione e nella liquidazione dell'asse ereditario è dato di notare ben distinti (anche per quanto si riferisce ai rapporti fra paesi riconoscenti la personalità della successione) il campo di azione della legge personale e quello della legge territoriale secondo i principî cui siamo venuti accennando finora. Alla divisione considerata nella sua essenza presiede la legge personale della successione; quella non è altro infatti che la traduzione in atto delle regole stabilite da questa legge, dei diritti che vi sono garantiti, dell'ordine dei loro titoli, e della misura nella quale questi si limitano e si contemperano.

Il carattere poi della divisione e l'indole dei suoi effetti sui beni si presentano sotto un aspetto diverso. Secondo i principî del diritto romano la divisione non è dichiarativa, ma traslativa di proprietà; secondo invece il diritto francese (1) e quello italiano (2) ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota od a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuta la proprietà degli altri beni ereditari; e la giurisprudenza russa (3) attribuisce alla divisione lo stesso carattere. Nei paesi retti dal diritto comune e nella Spagna si mantenne all'incontro l'antico principio che la divisione abbia carattere attributivo di proprietà. Per vedere se la divisione compiuta in un paese che segua l'uno di questi sistemi possa mantenere lo stesso carattere rispetto ai beni situati in un paese che segua il sistema diverso, oppure se nei riguardi dei beni che vi sono situati debba ritenersi che vi assuma il carattere attribuitole dalla legge territoriale, basta considerare l'indole dei diritti e dei rapporti che risentono l'effetto dell'uno e dell'altro carattere della divisione. Secondo il primo sistema si ritiene che anche all'intervallo fra la morte del *de cujus* e la divisione, retroagisca senza soluzione di continuità il diritto dell'erede cui fu attribuita

(1) Art. 883. — (2) Art. 1034.
(3) C. di cass. civ. 10 Ottobre 1873 ap. Lehr, l. c., pag. 476.

la quota e perciò (in quanto non modifichi tale successione nel nostro diritto (1) una clausola relativa alla garanzia delle quote) il fatto dell'esistenza di altri coeredi si reputa dopo la divisione, rispetto ai beni costituenti quella quota, come non avvenuto, ed i diritti da loro costituiti su quei beni durante l'indivisione come estinti. Secondo l'altro sistema invece quei fatti e quei diritti non subiscono in verun modo alterazione per effetto della divisione e sono considerati, come tutti i fatti compiuti ed i diritti costituiti, su determinati beni prima dell'alienazione. L'attribuire dunque alla divisione l'uno piuttosto che l'altro carattere, interessa quella sicurezza e quella determinazione del diritto di proprietà e dei diritti reali in genere, e quelle loro caratteristiche di opponibilità ai terzi che formano parte integrante dell'organizzazione economica di uno Stato, e rispetto alle quali è necessario che ogni disposizione della legge del paese dove l'atto fu compiuto, od al quale appartiene personalmente il proprietario, soggiaccia al diritto del paese dove esiste la cosa sulla quale si esercita il diritto di proprietà.

753. — Accanto agli eredi si possono trovare con qualche diritto e con qualche competenza nella successione altre persone designate o dalla volontà del testatore o dalla legge e dalla pubblica autorità dello Stato dove si è aperta la successione o dove parte dei beni di questa di trovino, rivestite, a seconda delle leggi particolari, di più o meno estese attribuzioni. Secondo il diritto francese (2) ed il nostro (3) l'esecutore o gli esecutori possono venir nominati dal testatore per vegliare alla esecuzione del suo testamento nel termine di un anno dalla morte di lui e possono ricevere dalla volontà del disponente la concessione del possesso immediato di tutto o parte dei beni mobili; devono compilare l'inventario dei beni del defunto in presenza dell'erede presunto o dopo averlo citato, e, se fra gli eredi vi sono minori, interdetti, assenti, od un corpo morale, devono far apporre i sigilli. Il diritto spagnuolo (4) conosce gli esecutori designati dal testatore e quelli dativi che sono designati dal giudice quando nella successione intestata mancano eredi più prossimi dei collaterali oltre il quarto grado. Questi ultimi esecutori devono prendere rispetto ai beni certe misure conservatorie secondo le istruzioni del giudice;

(1) Art. 1035. — (2) Art. 1025-1034. — (3) Art. 903-911.
(4) Lehr, l. c., pag. 455, 6.

quelli testamentari devono provvedere all'esatto adempimento della volontà del defunto, reclamando la consegna ai legatari degli oggetti legati. Non possono però obbligare gli eredi a consegnare loro i beni del defunto collo scopo di eseguirne il testamento, spettando ai singoli legatari di chiamarli per tal motivo in giudizio. Non si fa eccezione a tale regola se non quando si tratta di legati *ad pias causas*, se la cosa fu legata agli esecutori insieme con un altro legatario, se trattasi di legato d'alimenti e se il testatore ha conferito loro sotto tale rispetto una speciale autorizzazione. Il codice portoghese (1) autorizza il testatore a nominare una o più persone dette « testamenteiros » incaricandole di vegliare all'esecuzione del testamento in tutto od in parte; se il testatore lascia eredi legittimi non potrà autorizzare l'esecutore a prendere possesso dell'eredità, ma ordinare che gli eredi non possano disporne se non mediante inventario con citazione dell'esecutore; (2) se invece non lascia eredi legittimi potrà autorizzare l'esecutore a prender possesso della eredità, ma senza dispensa dall'inventario e con riserva del diritto degli eredi di evitare tale presa di possesso fornendogli le somme necessarie all'adempimento del suo ufficio. (3) Nell'uno e nell'altro caso egli deve vegliare all'esecuzione del testamento, sostenerne quando occorra la validità in giudizio e procurarsi il denaro occorrente ed eventualmente mancante promovendo la vendita dei mobili o di qualche immobile. (4)

Gli esecutori hanno un carattere diverso e sono forniti di maggiori attribuzioni nel diritto inglese; il loro carattere è quello di fedecomissari incaricati di eseguire la volontà del defunto rispetto alla sua proprietà mobiliare, nei limiti della quale essi conservano la rappresentanza di lui. In questi limiti la loro esistenza si reputa tanto necessaria nel diritto inglese (secondo il quale ad essi spettano i mobili del defunto e soltanto col loro mezzo questi possono pervenire agli eredi) che la ommissione della loro designazione era un tempo una causa di nullità per la stessa disposizione testamentaria. Nel diritto vigente invece tale nullità non sussiste più, ma quando il defunto sia morto intestato od, avendo fatto testamento, non abbia designato uno o più esecutori, si supplisce provvedendo all'esistenza di questo possessore intermedio fra il de-

(1) Art. 1885. — (2) Art. 1895.
(3) Art. 1896, 7. — (4) Art. 1898 e 1899.

funto e gli eredi dalla *Court of Probate* mediante la nomina di incaricati speciali che in questo caso prendono nome di amministratori. Tanto l'esecutore quanto l'amministratore rappresentano, nei limiti della sostanza mobiliare, la persona del defunto, come l'erede la rappresenta nei limiti della sostanza immobiliare; colla sola differenza fra gli uni e gli altri che l'esecutore e l'amministratore testamentario devono uniformarsi alle istruzioni del testatore, mentre l'amministratore deve agire secondo la legge e le istruzioni della Corte, e che l'esecutore può fare certi atti di amministrazione anche prima dell'omologazione del testamento, mentre gli amministratori trovansi nella materiale impossibilità di agire prima di aver ottenute le lettere di amministrazione. Gli uni e gli altri devono provvedere agli atti conservativi necessari ed alla liquidazione della sostanza mobiliare, compreso il pagamento dei debiti del defunto; dei quali sono liberi di rimborsare anche quelli prescritti. (1)

Lo stesso sistema vige negli Stati Uniti, il cui diritto tende attualmente ad esigere non solo che i testamenti siano regolarmente presentati alle « Probate Courts », ma anche che tutti i beni mobili componenti una successione testamentaria od intestata, siano amministrati da rappresentanti scelti debitamente da tale *probate tribunal*; così gli amministratori della successione *ab intestato* sono posti nella stessa condizione degli esecutori testamentari, poichè i primi sono designati dallo stesso tribunale che dà ai secondi l'investitura necessaria a rendere effettivo il loro diritto di amministrare la successione. (2) Da questa categoria di rappresentanti devonsi distinguere *i trustees*, ai quali il disponente concede l'uso di certe cose per l'adempimento di determinati scopi da lui prescritti; i *trustees* si distinguono dunque dagli esecutori e dagli amministratori non solo perchè i poteri di questi sono limitati alla sostanza mobiliare, ma anche perchè l'esistenza ed i poteri di quelli, diretti a limitare l'esercizio dei diritti del proprietario, non sono limitati alle vicende del diritto successorio, ma hanno, anche circa gli atti tra vivi, una larga parte nel diritto inglese. (3)

(1) Pavitt, pag. 104, 5, 120, 124-6, 156-8. Lehr, Dr. Civ. Angl., pag. 709-715, 720, 1, 723, 724-730. Whitaker's Almanack for 1887, pag. 565.

(2) American Law Review, Marzo ed Apr. 1883. Juridiction on estate of the dead. — (3) Lorimer, pag. 225-231.

754. — Il carattere speciale dell'esecutore testamentario nei riguardi del defunto è quello di un incaricato quasi assimilabile al mandatario, ma il carattere generale così dell'esecutore testamentario, come dell'esecutore dativo del diritto spagnuolo e dell'amministratore del diritto inglese, è quello di una persona investita di certi diritti nella successione, nell'un caso da parte del testatore, nell'altro da parte della legge e della magistratura dello Stato a cui quello apparteneva. Perciò le stesse ragioni che militano in favore della unità della successione retta dalla legge nazionale, militano altresì per il riconoscimento universale dei poteri delegati a quelli incaricati sia dalla volontà del disponente sia dalla legge. Essi non dovrebbero sottostare al vario diritto dei singoli territori nei quali devono agire se non in quanto in questi siano in vigore norme speciali circa il riconoscimento del loro titolo e circa il modo dell'esercizio delle loro facoltà; ma l'essenza di tali facoltà dovrebbe dipendere unicamente dalla legge della successione.

Invece in varî paesi si fa una distinzione fra gli esecutori testamentarî, e gli amministratori d'ogni specie nominati dalla pubblica autorità, ritenendo che i primi soltanto, a differenza dei secondi, debbano essere riconosciuti dovunque. Rispetto a loro poi non solo il diritto in se stesso ma anche l'estensione delle facoltà che ne derivano rispetto ai beni secondo la legge del defunto, dovrebbero essere riconosciuti dovunque senza alcun dubbio e senza alcuna difficoltà. Il testatore infatti che può disporre dei proprî beni secondo la propria volontà, ed ha nominato un esecutore, deve necessariamente essersi riferito nominandolo alle facoltà che sono comprese in quel mandato secondo il diritto del paese cui egli è soggetto e sotto l'impero del quale e nei limiti del quale fa le proprie disposizioni. Pure anche in ciò si fa una distinzione riconoscendo il diritto di nomina dell'esecutore quando è concesso dalla legge personale, ma costringendo le facoltà che ne derivano nei limiti assegnati dalle leggi del paese dove i beni sono situati. Così in Francia non si riconoscerebbe ad un esecutore straniero il diritto di vendere, secondo la legge della sucessione, anche beni immobili situati in territorio francese. (1)

Nei paesi dove prevale la territorialità parziale della successione si hanno a tale riguardo due soluzioni diverse. Secondo

(1) Laurent, vol. VII, pag. 163.

l'una, rappresentata dall'opinione di Lord Kames, l'esecutore testamentario deve essere riconosciuto dovunque, mentre l'amministratore d'una sucessione *ab intestato* che riceve i propri poteri da un giudice la cui autorità è essenzialmente territoriale, non può venir ammesso ad amministrar altrove i beni di quella, se i suoi poteri non sono confermati dal giudice locale. Secondo invece l'Erskine, ogni amministratore, qualunque sia il suo titolo e l'indole dei beni, deve essere nominato o confermato dove i beni sono situati.

Rispetto agli esecutori testamentari la divergenza si riferisce soltanto all'estensione dei poteri; rispetto agli amministratori riguarda il riconoscimento stesso di tali poteri in genere e della qualità di titolo da cui dipendono. La prima divergenza non ha gravi conseguenze per effetto della dottrina che sottopone la successione mobiliare alla legge personale del defunto. La seconda porta a questa conseguenza che misure conservative eventuamente contradditorie e non corrispondenti alla unità della successione possono essere prese in vari paesi rispetto ai beni che avevano appartenuto alla medesima persona e sui quali potrebbero farsi valere gli stessi diritti ereditari. Sicchè al diritto universalmente riconosciuto nelle autorità dei singoli paesi dove trovansi beni del defunto, di deliberare rispetto a questi misure d'ordine amministrativo e conservativo quando manchino eredi od altre persone capaci di tutelarne i diritti, si aggiunge un diritto concorrente nelle autorità di quei vari paesi di arrogarsi l'iniziativa di quelle misure anche quando, secondo il diritto vigente nel paese dell'apertura della successione, quelle persone non manchino e siano rivestite d'un titolo sufficiente a curare gli interessi della successione.

755. — Ad eliminare la possibilità di un simile esercizio concorrente di attribuzioni in quest'ultimo caso, a serbare una certa uniformità nel primo, ed a garantire meglio nell'uno e nell'altro l'osservanza della legge del defunto in quelle proporzioni in cui si ammette che debba esserne governata la successione, contribuisce un'estensione riconosciuta internazionalmente in questi rapporti alle attribuzioni consolari, combinate invece che contrapposte alle attribuzioni dell'autorità locale,

La nostra legge consolare (1) dispone che i consoli tutelano gli interessi dei nazionali specialmente se assenti ed esercitano verso

(1) Articolo 23.

di essi gli atti di amministrazione permessi dalle leggi locali; ed il regolamento della stessa legge determina tali attribuzioni disponendo (1) che essi dovranno astenersi da ogni diretta ingerenza nelle successioni dei loro nazionali od alle quali siano chiamati loro connazionali, quando vi siano esecutori testamentarî o siano presenti gli eredi od i loro mandatarî e che nella mancanza degli uni e degli altri assumeranno l' amministrazione conservando a titolo di deposito le somme provenienti dai beni amministrati. L' istruzione francese del 29 Novembre 1833 dispone che il console, in caso di morte d' un francese nel proprio distretto, prenderà tutte le misure autorizzate dalle leggi del paese, dai trattati e dalle convenzioni e dalla consuetudine per conservare l'integrità della successione nell'interesse degli eredi assenti o minori. (2) Il diritto germanico autorizza i consoli ad intervenire nel caso di decesso di un loro nazionale e quando siano assenti gli eredi per prendere le misure conservatorie opportune, con qualche riserva in quanto riguarda la percezione e l'impiego delle somme dipendenti dalla successione. (3) I consoli austriaci quando uno dei loro connazionali venga a morte nel distretto consolare, devono compilare l'inventario od assistere alla compilazione da parte dell'autorità locale, e prendere ogni necessaria misura conservativa. (4) Il regolamento spagnuolo del 24 Luglio 1870 (5) autorizza i consoli, in quanto i trattati e gli usi lo consentano, anche a *conoscere* delle successioni testamentarie ed intestate di spagnuoli che muojono nel loro distretto; ed in quanto non possano fare atti di giurisdizione, limita i loro poteri a prevenire gli abusi delle autorità locali (6) nell'interesse dei minori e degli assenti. A tali disposizioni corrispondono quelle della legge inglese del 1861 secondo la quale quando la Granbrettagna abbia conchiuso con un altro Stato una convenzione relativa all'acquisto del domicilio, la Regina è autorizzata mediante ordine in consiglio a dichiarare che quando uno straniero muore in Inghilterra senza

(1) Art. 104-9 e 111-4.

(2) Lehr. Manuel théorique et pratique des agents diplomatiques et consulaires Paris Larose et Forcel 1888, pag. 156.

(3) Zorn. Die Deutsche Consulargesetzgebung des Deutschen Reiches. Berlin 1884. pag. 188.

(4) Malfatti. Handbuch des oester. ung. Konsularwesens, Wien, 1879, pag. 75. — (5) Art. 90. — (6) Art. 91.

esecutori debba venir nominato esecutore il console della nazione cui il defunto apparteneva. (1)

Dalla combinazione di tali leggi in terne e di tali convenzioni risulta da una parte il riconoscimento generale dei poteri degli esecutori, dall'altra il riconoscimento della competenza dell'autorità locale (2) quando questi o gli eredi non siano presenti, da entrambe l'accordo per scegliere in quest'ultimo caso a scopo di reciproco vantaggio una delle due autorità o per combinare l'azione dell'una e dell'altra.

In tal guisa la legislazione ed il diritto convenzionale tendono ad eliminare sempre più quelle difficoltà derivanti dalle concorrenti pretese delle autorità locali e delle autorità consolari ad amministrare i beni lasciati da un defunto straniero, che altrimenti sarebbero frequenti. Il Martens (3) cita a tale proposito il caso dell'ammiraglio Golovine morto nel 1715 ad Amburgo: le autorità amburghesi vollero apporre immediatamente i suggelli sugli oggetti che gli erano appartenuti, ma il residente russo impedì agli incaricati del borgomastro di penetrare nella casa del defunto, e minacciò di batterli se si fossero ripresentati. Alla protesta delle autorità amburghesi il cancelliere dell'impero russo disapprovò la condotta del residente, ma criticò anche le autorità locali perchè non lo avevano avvertito delle operazioni cui dovevano procedere; il governo d'Amburgo non insistette nella propria protesta e nei rapporti fra i due paesi restò indeterminato se dovessero prevalere in casi analoghi le attribuzioni del console o quelle dell'autorità locale. È nel senso della risposta data dal cancelliere Bestujeff Rumine nel secolo scorso, che il diritto russo regola i poteri dei consoli in tale argomento subordinandoli alle leggi locali ed in parte al concorso delle autorità locali. (4)

Come dipendente in tutto e di necessità contenuto nei limiti assegnatigli dalle leggi locali, risulta considerato tale potere dei consoli dal diritto degli Stati Uniti, meno propenso d'ogni altro ad ammettere le attribuzioni di un'autorità che agisca fuori del territorio soggetto alla sovranità che la ha costituita. (5) Gli ufficiali consolari degli Stati Uniti non hanno dunque come tali autorità

(1) Lorimer, l. c., pag. 225. — (2) Böhm, pag. 32, 33, 34, 104, 5.
(3) Martens, op. cit., vol. II, pag. 463.
(4) Lehr, *Dr. Civ. Russe*, pag. 454, 5. — (5) Field, art. 687-690.

sui beni dei cittadini degli Stati Uniti che muoiono nel loro distretto, ma in virtù o di un trattato o di un permesso delle autorità locali. « L'atto del Congresso », diceva il segretario di Stato Cass scrivendo all'incaricato d'affari a Parigi (1) « ed i regolamenti consolari conferiscono loro tale potere soggetto alla condizione che le leggi del paese lo permettano. Sarebbe senza dubbio opportuno che i consoli degli Stati Uniti prendessero cura dei beni lasciati dai loro nazionali che morissero in Francia; ma siccome l'esercizio di tale diritto dei consoli dipende da un atto di cortesia da parte delle autorità francesi, se queste giudicassero che si dovesse porvi un fine, non farebbero a quanto pare, se non ricorrere all'esercizio di un diritto che si sono riservato ».

Non si è infatti formato ancora un diritto consolare comune da cui risulti l'ammissione di certi diritti nei consoli di uno Stato per ciò solo che questo ha stipulato con un altro paese una convenzione che ammetta reciprocamente il diritto d'un contraente d'erigere consolati nel territorio dell'altro sicchè siano certi anche quegli atti di rappresentanza e di tutela sui quali la convenzione non dispone; i consoli in tal ultimo caso non possono più agire come ufficiali pubblici, ma soltanto come mandatari muniti di regolare procura degli eredi e la loro opera diventa dunque impossibile quando questi ultimi appunto manchino nel paese dove si tratta di prendere le misure conservative, (2) ed in ogni caso resta limitata alle sole attribuzioni riconosciute loro anche dalla legge del paese dove agiscono o dalla convenzione fra questo ed il loro paese. Così il Brasile riconosce alcune attribuzioni di questa specie a tutti i consoli stranieri, ma quando disposizioni particolari dei trattati non li abilitino a fare di più, essi devono limitarsi ad essere presenti agli atti giudiziari ed amministrativi relativi ai beni dei defunti loro connazionali, a richiedere in presenza delle autorità del paese che siano prese tutte le misure legali per il ricupero e l'amministrazione di quei beni e ad essere uditi circa la scelta e la nomina dei curatori e degli amministratori di quei beni; ed anche l'esercizio di tali attribuzioni è condizionato alla reciprocità di fatto. (3)

(1) Lawrence, vol. IV, pag. 90, 1.

(2) Decisione del Ministero delle Finanze francese del 30 Settemb. 1884 Journal, 1885, pag. 75, 6. — (3) Lawrence, vol. IV, pag. 91, 2.

756. — Per giudicare dunque dei poteri conservatori d'un console sulle successioni dei suoi nazionali, bisogna aver riguardo alle disposizioni particolari della convenzione consolare fra i due paesi. L'articolo 7 della convenzione franco-russa del 17 Giugno 1874 stabilisce che quando vi sia insufficienza di attivo, tutti i valori dipendenti dalla successione di un suddito d'una delle potenze contraenti morto nel territorio dell'altra, debbono essere consegnati sulla domanda dei creditori all'autorità locale competente, restando incaricato il console soltanto dalla tutela dei suoi nazionali. Il tribunale civile della Senna applicò tale limitazione alla successione mobiliare esistente in Francia del principe di Wittgenstein-Berleburg che era suddito russo. La erede, principessa di Hohenlohe, domandava alle autorità russe la consegna della successione mobiliare; questa era custodita dall'esecutore testamentario principe Hohenlohe in concorso col console di Russia; ma avendo domandato due creditori del defunto la nomina di un amministratore provvisorio dell'attivo mobiliare esistente in Francia, il tribunale accolse la loro domanda ed autorizzò l'amministratore da esso designato a ritirare dal console generale di Russia a Parigi e da ogni terzo detentore, le carte, valori, somme ed oggetti mobili dipendenti da quella successione. (1) Tale sentenza non poteva dar luogo a conflitti fra la Francia e la Russia perchè applicava una clausola molto chiara e precisa della convenzione consolare fra le due potenze: ma in casi analoghi può sorgere contestazione fra i due Stati o quando la convenzione consolare non sia chiara o sia incompleta o quando sia incerto quale convenzione debba venir applicata nel caso concreto.

Un motivo di quest'ultima specie diede origine ad un conflitto fra la Francia e l'Italia circa la misura delle attribuzioni del console francese e di quelle delle autorità locali. Il 28 Giugno 1887 era morto a Firenze il generale tunisino Hussein; il console di Francia diede notizia all'autorità del decesso, e procedette all'apposizione dei suggelli sugli èffetti della successione dopo averne fatta avvertita l'autorità locale perchè potesse assistervi e cooperarvi; il 29 ottobre ed il il 2 Novembre egli procedeva a togliere i suggelli dietro richiesta del mandatario del bey di Tunisi creditore della successione.

(1) Trib. civ. della Senna; Rolland et Regaud c. de Hohenlohe; 30 Nov. 1887, *Journal de Dr. Int. Privé,* 1888, pag. 98, 9.

Frattanto un certo Elmelik pretendeva intervenire come creditore del defunto, ed avuto un rifiuto dal console lo citava davanti il tribunale italiano; il console non si presentò; il 21 Dicembre 1887 gli venne notificata una sentenza contumaciale ordinante il sequestro dei documenti dipendenti dalla successione, e la decadenza del console dal possesso dei mobili della successione; ed il 22 Dicembre il pretore procedeva colla forza, nella cancelleria del consolato, al sequestro delle carte e dei documenti dipendenti dalla successione cui poneva i propri suggelli. Redatta immediatamente una protesta dal cancelliere del consolato, la questione venne trattata tosto fra i due governi che il 21 Gennaio 1888 si posero d'accordo per chiudere l'incidente mediante il biasimo del pretore, l'immunità del console di Francia da qualunque biasimo ed il regolamento della successione di Hussein Pascià secondo la convenzione italo-tunisina del 1868.

Ora tacendo della condotta del pretore la quale, anzichè l'argomento del quale ci occupiamo, riguarda direttamente la violazione dell'archivio consolare, il conflitto fra i due paesi derivò appunto da ciò: che nel caso concreto era incerto quale stipulazione si dovesse applicare: quella consolare colla Francia del 26 Luglio 1862, od il trattato di amicizia e di commercio colla Tunisia del 6 Settembre 1868.

Secondo la prima è nelle attribuzioni del console di apporre i suggelli, compilare l'inventario, ordinare la vendita al pubblico incanto degli oggetti che potessero deteriorarsi, depositare e conservare gli oggetti inventariati ed i prodotti delle rendite e ciò d'accordo coll'autorità locale se sudditi del paese o di una terza potenza si presentassero come interessati nella successione *ab intestato* o testamentaria. Inoltre spetta ai consoli amministrare e liquidare da soli, o mediante la persona che sarà da loro nominata sotto la loro responsabilità, la successione testamentaria o *ab intestato* senza che l'autorità locale debba intervenire in tali operazioni salvochè sudditi del paese o di una terza potenza abbiano a far valere diritti sulla successione nel qual caso dovranno conoscerne i tribunali del paese. (1) Il trattato italo-tunisino d'un lato sancisce l'applicazione della legge nazionale alle successioni di italiani in Tunisia e di tunisini in Italia (2), e dall'altro contiene la stipula-

(1) Art. 9. — (2) Art. 22.

zione del diritto d'ingerirsi nelle successioni dei propri nazionali soltanto a favore dei consoli italiani in Tunisia. (1)

A quale di queste stipulazioni doveva assoggettarsi la successione del generale Hussein? Poichè questo era tunisino non poteva invocarsi la perfetta competenza anche conservativa delle autorità locali sancita dall'articolo 23 del trattato italo-tunisino? Il trattato del 12 Maggio 1881 fra la Francia e la Tunisia aveva modificata così, anche nei rapporti internazionali, la condizione giuridica dei tunisini, da farli cadere sotto la sorveglianza e la protezione dei consoli francesi come sudditi di Francia dal momento che questo paese aveva assunto la rappresentanza politica dello Stato cui essi appartenevano? Ciò viene affermato in modo specioso da scrittori francesi; (2) ma la risposta negativa risulta invece chiaramente dal fatto che, nel diritto convenzionale italiano, due convenzioni sussistono, una colla Francia e l'altra colla Tunisia; che questa fu posta sotto il protettorato della Francia ma non annessa al territorio francese, e che il protocollo franco-italiano del 25 Gennaio 1884 circa la sospensione della giurisdizione consolare nella reggenza, stabilisce all'articolo 2 « salvo questa deroga al regime attuale è espressamente convenuto che tutte le altre immunità, vantaggi e garanzie assicurate dalle capitolazioni, dagli usi e dai trattati restano in vigore ». Nè quando, nel definire l'incidente di Firenze, i due governi si accordavano perchè « la successione di Hussein Pascià fosse regolata conformemente alle clausole della convenzione italo-tunisina del 1868 » facevano distinzione fra la clausola dell'articolo 22 riguardante il diritto materiale e l'articolo 23 riguardante la competenza consolare. Rispetto alle successioni di sudditi tunisini in Italia tale sistema resta dunque in vigore fino al 1896 quando spireranno i ventotto anni assegnati alla durata della convenzione italo-tunisina. Che se si volesse accordare ai consoli francesi in Italia rispetto ai tunisini una qualche ingerenza, questa non potrebbe essere se non l'ingerenza secondaria e di cooperazione che risulta nei consoli dalla protezione politica e sociale di chi soggiace alla supremazìa politica del loro paese, e non già l'ingerenza principale e

(1) Articolo 23.

(2) Incident du consulat français à Florence. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1888, pag. 69, 70.

di iniziativa che possono invocare in Italia i consoli della Francia rispetto alle successioni di sudditi francesi. (1)

Quando in un caso analogo le convenzioni consolari non dispongano, devesi aver riguardo così alle leggi dell' uno Stato come a quelle dell'altro; nel caso poi che le leggi del paese dove il console risiede non dispongano su tale argomento, devesi ritenere il console, come tale, destituito d'ogni autorità e la condizione dell'autorità locale di fronte a lui, identica a quella fra l'autorità locale ed un amministratore non designato nè dal testatore nè dagli eredi. Il caso più frequente ai nostri giorni è che le convenzioni dispongano su tale argomento, e che le stipulazioni delle varie convenzioni siano essenzialmente analoghe rispetto alle attribuzioni conservative dei consoli.

Ordinariamente è stipulato che l'autorità locale ed i consoli debbano reciprocamente avvertirsi del decesso d'un connazionale di questi ultimi avvenuto nel distretto consolare tenendo la precedenza quella fra le due autorità che ne abbia ricevuto prima la notizia; (2) l'una o l'altra autorità procederà col concorso dell'altra all' apposizione dei suggelli, che dovranno pure essere levati col concorso o coll'avviso di entrambe le autorità; il console deve procedere all' inventario dei beni mobili ed effetti del defunto invitando ad assistervi l'autorità locale, depositare in luogo sicuro gli oggetti ed effetti inventariati, procedendo d'accordo coll'autorità locale, se vi sono interessati sudditi del paese o di una terza potenza, ed amministrare la parte mobile della successione; soltanto in mancanza di autorità consolari ogni misura spetta all'autorità locale che deve darne avviso all'ambasciata od al consolato più vicino. Inoltre è stabilito che quando un suddito d'una delle Potenze contraenti si trovi interessato in una successione aperta nel territorio dell'altra, le autorità locali debbano informarne l'autorità consolare più prossima al luogo del decesso. A tali concetti

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1888, Chronique de droit int. privé. L'incident du consulat de France à Florence, pag. 53-72. Pierantoni, L'incident consulaire de Florence nella *Rév. Int.*, di Roma, 25 Gen. 1888.

(2) Ordinanza del 30 Luglio 1885 del governo brasiliano dichiarante che spetta ai giudici degli orfani e degli assenti l'obbligo di comunicare agli ufficiali consolari il decesso di sudditi stranieri i cui beni fossero devoluti ad eredi stranieri, a termini delle convenzioni consolari, *Annuaire de Leg. Etr.* 1886, pag. 702.

si uniformano le convenzioni dell'Italia coll'Austria, (1) col Brasile, (2) col Perù, (3) col Belgio, (4) coi Paesi Bassi (5) colla Francia (6) e colla Serbia; (7) quella della Germania colla Grecia (8) e quelle della Francia coll'Austria, (9) colla Bolivia, (10) col Brasile, (11) coll'Equatore, (12) colla Spagna, (13) colla Grecia, (14) colla Guatemala, e colla Costarica, (15) coll'Honduras, (16) col Nicaragua, (17) col Perù, (18) col Portogallo, (19) colla Russia, (20) col San Salvador, (21) colle isole Sandwich, (22) col Venezuela, (23) e colla repubblica di San Domingo. (24) Con tale estensione di poteri conservativi ed amministrativi rispetto ai mobili, consentono la stipulazione di trattati le disposizioni interne del diritto argentino, (25) ed agli stessi principi corrispondono le stipulazioni del trattato di commercio della Germania colla Repubblica di Costarica. (26) Così i trattati fra gli Stati Uniti ed il Perù, (27) ed il Nicaragua (28) stabiliscono, il primo in modo più esplicito del secondo, che i consoli sono d'ufficio esecutori testamentari ed amministratori della successione dei loro concittadini in mancanza di eredi o di rappresentanti legali.

Altre convenzioni ammettono l'intervento dei consoli in una misura più limitata, stipulando che quando un cittadino d'uno dei paesi contraenti muoja nel territorio dell'altro senza lasciarvi eredi od esecutori testamentari conosciuti, le autorità locali debbano avvertire il più vicino ufficio consolare dello Stato cui apparte-

(1) 15 Maggio 1874, art. 12. — (2) 6 Agosto 1876, art. 17, 8
(3) 8 Maggio 1878, art. 14, 5. — (4) 22 Luglio 1878, art. 15.
(5) 3 Agosto 1875, art. 15. — (6) 26 Luglio 1862, art. 9.
(7) Art. 22, 23. — (8) 26 Novembre 1881 art. 15-22.
(9) 11 Dicembre 1866, art. 3, 4, 5. — (10) 9 Dicembre 1824, art. 21.
(11) 10 Dicembre 1860, art. 7. — (12) 6 Giugno 1843, art. 22.
(13) Gennaio 1862, art. 20. — (14) 7 Gennaio 1876, art. 12, 3, 4.
(15) 8 Marzo e 12 Marzo 1848, art. 22.
(16) 22 Febbraio 1856, art. 22. — (17) 11 Aprile 1859, art. 22.
(18) 9 Marzo 1861, art. 37. — (19) 11 Luglio 1866, art. 8,
(20) 2 Aprile 1874, 1-6. — (21) 5 Giugno 1878, art. 12, 3, 4.
(22) 20 Ottobre 1857, art. 20. — (23) 24 Ottobre 1856, art. 8.
(24) 25 Ottobre 1882, art. 12-17. Il trattato di commercio col Messico del 27 Nov. 1885, si riferisce in generale fino alla conclusione di una convenzione consolare ai privilegi dei consoli della nazione più favorita art. 27.
(25) Daireaux, l. c., pag. 294, 5.
(26) 18 Maggio 1875 e 21 Nov. 1876, art. 30 Böhm, l. c., pag. 175-7.
(27) 26 Luglio 1851, art. 39. — (28) 21 Giugno 1867, art. 8.

neva il defunto perchè le informazioni necessarie possano venir trasmesse senza ritardo agli interessati; l'ufficiale consolare potrà assistere personalmente o farsi rappresentare da un delegato a tutte le procedure concernenti gli eredi od i creditori della sua nazionalità finchè questi siano legalmente rappresentati. Degli eredi connazionali i consoli sono dunque calcolati rappresentanti, ma per quanto riguarda le misure conservative sui beni dei loro connazionali defunti, essi non possono se non che assistere oppure cooperare in qualche proporzione alle operazioni delle autorità locali. A tale tipo di convenzione si avvicinano quelle della Francia, (1) dell'Italia, (2) e della Germania, (3) col Chilì, dell'Italia, (4) dell'Austria, (5) della Germania (6) e della Serbia (7) cogli Stati Uniti, e della Germania (8) colle Isole Sandwich; ed a tali principî corrispondono le disposizioni del diritto colombiano sullo stesso argomento. (9)

Secondo queste ultime convenzioni perchè il console possa possedere le cose mobili dipendenti dalla successione, gli è necessaria o una procura speciale od una autorizzazione dell'autorità del paese; secondo quelle della prima specie invece vengono posti limiti all'autonomia dei mezzi di conservazione ed alla possibilità di disposizione del console soltanto allorchè sudditi del paese o di una terza potenza siano interessati nella successione. Anche rispetto agli immobili il console deve poi nei limiti delle convenzioni, salvaguardare i diritti dipendenti dalla successione; ma quanto a quelli, d'un lato le misure d'ordine amministrativo sono più semplici, e quelle d'ordine conservativo diverse e meno frequentemente necessarie, dall'altro è generalmente, soprattutto rispetto al modo, prevalente sull'iniziativa del console e la legge che la governa, la legge e l'autorità locale.

757. — Dal più notevole carattere rappresentativo consentito ai consoli nelle convenzioni della prima maniera e dal principio ormai tanto diffuso che sottopone la parte mobiliare della successione alla legge personale del defunto, deriva un altro ordine di attribuzioni dei consoli circa la disposizione delle cose mobili e la liquidazione della successione mobiliare. Da quelle convenzioni è

(1) Art. 23. — (2) Art. 19. — (3) Art. 11. — (4) Art. 16.
(5) Lawrence, vol. IV, pag. 92,3.
(6) Art. 10. — (7) Art. 9. — (8) Art. 19. — (9) Porras, l. c.

infatti consentito in generale ai consoli di ordinare la vendita al pubblico incanto di tutti gli oggetti mobili della successione intestata o testamentaria che potessero deteriorarsi o fossero di difficile conservazione, avvertendone l'autorità locale perchè la vendita sia fatta nelle forme prescritte e dall'autorità competente secondo le leggi del paese; ed inoltre essi possono amministrare direttamente o mediante un incaricato nominato sotto la loro responsabilità, la parte mobiliare della successione ed anche liquidare le successioni puramente mobiliari. A ciò essi dovranno soprassedere soltanto nel caso in cui il termine fissato dalle autorità locali, secondo le leggi del paese, per il ricevimento dei reclami dei sudditi dello Stato o di una terza potenza, non sia ancora spirato, o che quei reclami abbiano dato luogo a contestazioni; ma anche in tali casi, dopochè il termine sia spirato, o su quei reclami siasi pronunciata decisione dall'autorità competente, l'intera successione mobiliare è rimessa al console perchè ne disponga. Nei rapporti fra tali paesi la liquidazione non potrebbe perciò ordinarsi in concorso coi consoli, dall'autorità locale, se non quando si trattasse di immobili situati nel territorio. (1)

Nei rapporti coi paesi non cristiani questo diritto dei consoli assume carattere diverso e maggior ampiezza di applicazione. Anzitutto mentre nelle relazioni normali fra gli Stati civili le convenzioni che riguardano tali attribuzioni consolari si distinguono in due categorie delle quali l'una concede ai consoli soltanto il diritto di assistenza e di partecipazione alle misure prese dalla autorità locale, i consoli di tutti i paesi civili, anche di quelli che nei rapporti fra loro seguono tale sistema più ristretto, agiscono secondo il sistema diverso e lo seguono nel modo più assoluto e per diritto convenzionale e per consuetudine nei paesi non appartenenti alla civiltà cristiana. Fino dal 1783 l'articolo 8 d'un trattato turco-russo stabiliva che i beni di un russo morto in Turchia senza lasciare esecutori testamentari, dovessero essere trasmessi agli aventi diritto senza che le autorità locali vi potessero opporre veruna difficoltà o sottoporre la loro azione a veruna condizione. Così si negava la partecipazione dell'autorità locale agli atti conservativi ed amministrativi, e l'azione dei consoli rispetto a questi

(1) Trib. civ. d'Algeri, 15 Gen. 1886, Pons c. Pons, *Journal* 1887, pag. 74 « Decisione del ministero delle finanze fr. », l. c.

restava regolata dalle sole disposizioni di legge del paese cui essi appartenevano. Da tale esclusione dell'autorità locale, dalla estraterritorialità degli europei in Oriente, e dal potere giurisdizionale riconosciuto colà ai consoli europei, risulta che essi, anche nella vendita di singoli oggetti mobiliari, e nella liquidazione della successione mobiliare, sono liberi da quelle condizioni, da quella sorveglianza e da quella partecipazione dell'autorità locale che sono riservate in tali casi dai trattati fra popoli europei. (1) La stessa condizione di cose risulta dallo stato attuale, derivante dal diritto scritto e dalla consuetudine, dei rapporti fra paesi cristiani e non cristiani, anche quando i trattati rispettivi non facciano parola dell'amministrazione e della liquidazione delle successioni mobiliari degli stranieri; ed anche sotto questo rispetto come nel regolamento di tutti i rapporti fra gli Stati dell'una e quelli dell'altra categorìa, è comune la mancanza di reciprocità a favore dei secondi rispetto ai primi in tutto quanto costituisce una deroga al diritto comune ed alle prerogative della sovranità.

758. — Clausole speciali inserite o nei trattati di commercio o nelle convenzioni consolari, estendono eccezionalmente le attribuzioni consolari rispetto alla successione mobiliare dei marinaj appartenenti ad un paese che muojano mentre prestano servizio nella marina di un altro. Ma anche tali accordi speciali differiscono fra loro sia dal punto di vista dell'estensione dei poteri riconosciuti ai consoli, sia da quello dei limiti di valore delle successioni cui si debbano intendere applicabili le eccezioni convenute.

Alcune fra quelle convenzioni si limitano a stipulare che la compilazione dell'inventario e la conservazione dei beni lasciati dai marinaj d'un paese morti in servizio dell'altro spettino esclusivamente al console senza obbligo di partecipazione alle autorità locali e senza bisogno d'intervento da parte di queste. Fra gli accordi di questo genere si possono citare quelli contenuti nei trattati di commercio o nelle convenzioni consolari fra la Germania e le Isole Sandwich del 1879, (2) fra la Francia ed il Portogallo del 1866, (3) fra la Francia e la Spagna (4) e quello fra la Francia e la Grecia (5) e fra l'Italia e la Francia del 1862. (6)

(1) Böhm, l. c., pag. 170-2. Martens, Das Consularwesen und die consularjurisdiction im Orient, traduz. Skerst, Berlin, Weidmann, 1874, pag. 489-491.
(2) Art. 20. — (3) Art. 10.
(4) Art. 22, anche per i passeggeri. — (5) Art. 18. — (6) Art. 11.

Altre convenzioni invece nel caso della successione dei marinaj non si limitano a rendere autonoma l'opera conservativa del console dall'intervento dell'autorità del paese cui appartiene la nave, ma senz'altro dispongono che quella successione sia affidata all'autorità consolare del paese del defunto lasciandone a quella il compito di conservarla e di rimetterla a chi ha il diritto di raccoglierla. Alcuni Stati ammettono pienamente queste regole sottoponendole a due riserve: l'una che la suceessione non ecceda un valore determinato, l'altra che il marinajo straniero non fosse al servizio della loro marina militare. Così è della dichiarazione fra l'Italia e la Gran Brettagna del 17 Aprile 1877 che limita l'ammissione della consegna immediata al console, alle successioni non eccedenti le cinquanta sterline, e dispone che se il marinajo avrà servito nella marina reale britannica, tuttociò che fosse pagabile dell'ammiragliato sarà trattato in conformità delle leggi della Granbrettagna. La dichiarazione anglo-russa del 9 Agosto 1880 (1) limita l'applicazione delle stesse norme alle successioni di marinaj russi morti su navi od in suolo inglese e non eccedenti le cinquanta sterline ed a quelle di marinaj inglesi morti in servizio russo e che non eccedano trecentocinquanta rubli; l'eccezione poi relativa ai marinaj in servizio nella marina dello Stato è stipulata, a differenza che nella convenzione coll'Italia, con piena reciprocità. L'identico principio libero da ogni riserva ma espresso in forma molto succinta ed applicato soltanto ai marinaj di un paese morti a bordo delle navi di un'altro, è sancito dalla convenzione consolare franco-austriaca, (2) da quella italo-russa per il regolamento delle successioni, (3) e dalla convenzione consolare italo-austriaca (4) con un'applicazione anche ai passeggeri.

Le convenzioni più recenti su tale argomento limitano tali regole alla successione dei marinaj, determinano il significato dell'appellativo *marinajo* intendendo questo corrispondere a chiunque sia impiegato in servizio (engagé) a bordo di una nave, e regolano la condotta delle autorità nel paese cui appartiene la nave tanto quando la morte sia avvenuta a bordo ed in alto mare quanto se avvenne nel territorio del defunto o della nave. In quest'ultimo caso il governo rimette nel più breve termine possibile

(1) *Ann. de leg. étr.*, 1881, pag. 562.
(2) Art. 6. — (3) Art. 13. — (4) Art. 15.

la successione al console più prossimo del paese del defunto; se la morte avviene nel territorio del defunto è il console dello Stato cui appartiene la nave, che ne rimetterà la successione all'autorità competente territoriale; se la morte avviene in un terzo Stato la successione sarà consegnata all'autorità consolare del paese della nave e da questa al console più vicino del paese del defunto; se infine la morte avviene in alto mare si agirà come se fosse avvenuta nel primo porto d'arrivo. Nel caso di dubbio sulla nazionalità del marinajo, il governo che trovasi in possesso della successione di cui si tratta la conserverà fino a che la cittadinanza sia provata. (1)

759. — Nelle altre successioni, quando la liquidazione segua fra gli eredi di comune accordo, le leggi dei varî paesi dove i beni sono situati non faranno sentire la propria influenza se non in quanto si riferisca, come abbiamo già accennato, al modo di compiere su quei beni la divisione stessa, al carattere attribuito a questa ed ai suoi effetti. Quanto invece si debbano proporre azioni o sorgano contestazioni per cui sia necessario un intervento dell'autorità giudiziaria allora è necessario indagare quale autorità giudiziaria debba ritenersi competente.

Tali contestazioni possano fondarsi sul titolo di eredità o di legato, o derivare da creditori od interessati a titolo diverso da quello di successione, che vogliano far valere sulle cose lasciate dal defunto i diritti che avevano verso di lui, o possono agitarsi fra coeredi circa la divisione e la sorte della sostanza indivisa o circa la rescissione della divisione già fatta.

Rispetto alle contestazioni della seconda specie si ammette generalmente che esse possano decidersi sia dove si trovano i beni durante le misure conservative, sia successivamente davanti al domicilio dell'erede; ciò risulta nel nostro paese dall'articolo 105 del codice di procedura civile, e ciò si ritiene altresì nei rapporti fra paesi che abbiano stipulato, anche circa la competenza, l'unità della successione fondata sulla personalità. (2)

(1) V. Dichiar. fr. danese del 1 Aprile 1886, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 757; franco-svedese del 10 Maggio, 1886. *Mém. Diplom.* 1886, pag. 426; e fr. belg. del 31 Maggio 1887 e *Mém. Diplom.* 25 Giugno 1887.

(2) C. di giust. civ. di Ginevra, 26 Novembre 1883, Gras c. Decor e Velatta, Journal 1886, pag 251.

Rispetto a quelle della prima e della terza specie e particolarmente di quest'ultima può cadere a doppio titolo contestazione a seconda che si ammette o non si ammette il regolamento unitario della successione, o, che pur ammettendolo, si riconosce o non si riconosce come una necessità che la competenza del giudice corrisponda a quella della legge. Veramente di ciò non si saprebbe vedere la necessità come garanzia dell'applicazione della legge, ed abbiamo veduto che anche nelle questioni di stato personale non si ritiene più da tutti necessario nel nostro paese di fare eccezione alle regole normali della competenza per attribuirne esclusivamente la conoscenza al giudice nazionale; in tal caso, indipendentemente da simile necessità, si tratta di vedere appunto quale sia il giudice competente.

Ora è appunto su ciò che non vanno d'accordo i diritti positivi quando considerano la questione nei rapporti internazionali. Nei rapporti interni l'unità della competenza è sancita mercè la determinazione del luogo della aperta successione dal nostro codice di procedura civile (1) e da quello francese (2) ed il luogo dell'aperta successione è al domicilio del defunto. Applicando questi principi nel campo dei rapporti internazionali si avrebbe sempre rispetto agli Stati che fanno prevalere la legge nazionale nelle successioni la possibilità dell'inconveniente di un tribunale applicante una legge diversa dalla propria; e rispetto a quelli che ammettono anche nell'osservanza della successione l'impero della legge del domicilio sussisterebbero sempre le incertezze cui abbiamo accennato circa la determinazione di questo. (3) Perciò, corrispondendo a quel nostro concetto di diritto internazionale secondo il quale nei rapporti internazionali la cittadinanza prevale sul domicilio come indicazione della sede giuridica dell'individuo, quando si voglia unificare la competenza nella materia della successione sulla base della personalità, il miglior sistema adottabile è quello di aderire all'ultimo domicilio del defunto nel paese d'origine sostituendo così completamente la cittadinanza al domicilio straniero di lui. Così all'indicazione generica della convenzione franco-badese del 1846 che disponeva (4) « è reputato competente in materia di successione il tribunale del luogo dove

(1) Art. 94. — (2) Art. 59.

(3) C. di Bordeaux, 19 Agosto 1879, Becker c. Chantecaille. *Journal* 1880, pag. 586, 7. — (4) Art. 2, 3.

questa fu aperta », si contrappongono in tempo più recente quelle più precise della convenzione franco-svizzera del 1869 che dispone: (1) « ogni azione relativa alla liquidazione ed alla divisione d'una successione testamentaria o *ab intestato*, ed ai conti da farsi fra gli eredi od i legatari, sarà portata davanti al tribunale dell'apertura della successione, cioè, se si tratta di un francese morto in Svizzera davanti al tribunale del suo ultimo domicilio in Francia e se trattasi di uno svizzero morto in Francia davanti il tribunale del suo luogo d'origine in Svizzera (2) ». Egualmente secondo la convenzione consolare italo-svizzera (3) « le contestazioni che potessero sorgere fra gli eredi di un italiano defunto, relativamente alla sua successione saranno portate davanti il giudice dell'ultimo domicilio che l'italiano aveva in Italia e la reciprocità avrà luogo rispetto alle contestazioni che potessero elevarsi fra gli eredi di uno svizzero morto in Italia; » e lo stesso dispone il trattato serbo austriaco (4) per i reclami derivanti dal titolo d'eredità o di legato; quelli serbo-germanico, (5) e germanico-greco, (6) quello italo-belga, (7) e il diritto rumano (8) per tutti i reclami relativi così al diritto di successione come alla sua divisione. Sicchè fra i paesi che formulano più completamente tale scelta di competenza, come la Francia e la Svizzera, anche la determinazione degli effetti d'una donazione in causa di morte deve essere fatta dal tribunale del luogo d'origine. (9) Quando invece tale elezione convenzionale dell'autorità patria non si possa invocare, allora, applicando le norme del diritto interno sarà necessario imporre alle successioni degli stranieri aperte nel territorio, e riconoscere per quelle dei nazionali aperte all'estero la competenza territoriale; in questo senso giudicò il tribunale della Senna, invocando anche i termini generici della convenzione, a proposito di un francese morto nel Baden, ritenendo che in tal caso era al tribunale straniero che spettava conoscere delle domande fra eredi. (10)

Nei rapporti internazionali fra paesi che ammettono l'unità della competenza in materia di successione, questa è dunque fissata nel silenzio delle convenzioni al luogo dell'ultimo domicilio, e sol-

(1) Art. 5. — (2) Brocher, l. c. pag. 36-55 e Curti l. c. pag. 74-81.
(3) 22 Luglio 1868, art. 17.
(4) Art. 2. — (5) Art. 19. — (6) Art. 24.
(7) Art. 15. — (8) Böhm l. c., pag. 166. — (9) Roguin, l. c., pag. 563.
(10) *Journal*, 1886, pag. 458, 9, Schlesinger c. Leinz.

tanto per una disposizione espressa di quelle o, dal punto di vista unilaterale, della legge, al luogo d'origine del defunto. Quest'ultimo principio è accolto ora in Baviera senza distinzione fra i beni. Vi si ammette che la competenza per tutto quanto riguarda la successione di uno straniero che non aveva domicilio in Baviera ed ecceda i limiti delle semplici misure conservative, spetti non già alla magistratura bavarese nel cui distretto il defunto dimorava o dove si trovino cose formanti parte della successione, ma al tribunale straniero dell'ultimo domicilio, ritenendo applicabile tale incompetenza dei tribunali territoriali non solo ai beni mobili, ma anche agli immobili situati in territorio bavarese. (1) Così giudicò anche l'Oberlandsgericht di Darmstadt (2) ritenendo che i tribunali renani fossero incompetenti a decidere della divisione di immobili lasciati in Assia da uno straniero domiciliato all'estero, e che la competenza fosse riservata esclusivamente ai tribunali del domicilio. (3)

Secondo un altro sistema al fòro personale del defunto (in alcuni paesi quello del domicilio in altri quello della nazionalità), sono sottoposte tutte le questioni che riguardano la sua successione mobiliare, mentre rispetto agli immobili si riconosce competenza soltanto alla magistratura del paese dove questi sono situati. (4) Tale è il principio adottato, anche in mancanza di convenzioni, dal diritto inglese: sicchè se uno muore domiciliato in un territorio a lui straniero lasciando proprietà mobiliare situata in diversi paesi, e fu pronunciata rispetto a questa una decisione da una corte del paese del domicilio, competente secondo le leggi di questo, sia circa la validità del testamento, sia circa la parte di proprietà mobiliare soggetta alle disposizioni vigenti in quello, tale decisione si ritiene rispetto a quelle proprietà obbligatoria dovunque. (5) Così secondo il diritto austriaco, dell'eredità di un austriaco morto all'estero, i mobili dovunque situati e gli immobili situati in territorio dell'impero, soggiacciono al tribunale del suo ultimo domicilio austriaco, mentre la successione immobiliare che trovasi all'estero soggiace al tribunale straniero; se trattasi invece di uno straniero morto in Austria od altrove, la sua sostanza

(1) Böhm l. c., Erganz. pag. 6. — (2) 19 Novembre 1883.
(3) Journal 1886, pag. 732, 3.
(4) Böhm, l. c., pag. 20, 1. — (5) Tristram, l. c., pag. 135, 6.

mobile soggiace per reciprocità ai magistrati dello Stato del defunto, mentre gli immobili soggiacciono al tribunale della situazione. (1) Così stabilisce la convenzione tedesco-russa per il regolamento delle successioni, (2) il trattato di commercio franco-serbo, (3) quello franco russo, (4) la convenzione consolare franco-austriaca (5) e quella sulle successioni italo-russa. (6)

Quella che per sollevare a tale riguardo qualche dubbio è la convenzione franco-elvetica del 1869. L'articolo 5 dopo aver stabilita la competenza dei tribunali nazionali senza far distinzioni fra le specie di beni, soggiunge: « toutefois on devra, pour le partage, la licitation, ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation ». Parrebbe dunque che la convenzione salvaguardasse il rispetto di quelle disposizioni relative al possesso od alla trasmissione degli immobili che soggiacciono senza dubbio al diritto territoriale, o tutto al più che riservasse l'applicazione di questo al regolamento sostanziale della successione senza fare eccezione all'unità della competenza. Ma nella giurisprudenza francese appoggiata all'articolo 3 del codice civile, l'articolo 5 della convenzione fù interpretato nel senso di non regolare la competenza che se non che per le successioni mobiliari, (7) quantunque non manchino esempi di dichiarazioni d'incompetenza da parte dei tribunali francesi senza enunciare distinzioni fra le specie dei beni, (8) e la giurisprudenza svizzera dopo aver esitato finì col pronunciarsi nello stesso senso. In un caso la corte federale decise che il tribunale nazionale conservava in materia immobiliare una certa competenza, ma si astenne dal determinarla; e la sua esclusione dall'accordo fra i due paesi risulta da un messaggio esplicativo del consiglio federale dove sta scritto: « Il est convenu que le juge compétent appliquera toujours sa propre loi; les delegués français ont refusé de le mentionner formellement dans ce traité parce que cela se comprend de soi ». (9)

(1) Bulmerincq, l. c., pag. 214 e Reuling, l. c., pag. 76, 7.

(2) 12 Novembre 1874, art. 10. — (3) 18 Gennaio 1883, art. 8.

(4) 20 Marzo 1874, art. 10. — (5) 11 Dicembre 1866, art. 2.

(6) 28 Agosto 1875, art. 10.

(7) Trib. civile della Senna, 11 Marzo 1884, Kuhliger c. Kuhliger, Journal 1884, pag. 613, 4.

(8) C. d'appello di Lione 5 Giugno 1886, Mandrillon c. Vittel, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 337-9. — (9) Roguin, l. c., pag. 567, 8.

Sicchè anche nella successione di francesi in Svizzera e di svizzeri in Francia si determina la competenza secondo la distinzione fra mobili ed immobili e nel tempo stesso, per quanto riguarda i mobili si fa eccezione alla norma vigente in Ginevra ed in molti altri cantoni secondo la quale la successione di uno straniero morto nel territorio s'intende aperta in questo ed attributiva di competenza nonostante ogni decisione contraria di altre giurisdizioni. (1) I magistrati francesi poi, nei limiti in cui il trattato franco-svizzero del 1869 sancisce la competenza nazionale, applicano nel modo più rigoroso la disposizione relativa alla dichiarazione d'incompetenza d'ufficio, (2) dichiarandola come di ordine pubblico anche quando le parti abbiano accettato la giurisprudenza francese. (3)

Il Chausse commentando tale giurisprudenza la critica sia perchè la ritiene feconda d'inconvenienti per coloro che essendo eredi di uno svizzero che fosse stato da lungo tempo stabilito in Francia e vi avesse lasciati tutti i propri beni, avrebbero tutto l'interesse di ricorrere preferibilmente ai tribunali francesi; sia perchè ritiene essere stata della convenzione stabilita l'incompetenza dei tribunali francesi soltanto nell'interesse delle parti che devono restare libere di rinunciare ad un diritto ammesso a loro profitto, col solo scopo d'impedire che il tribunale giudichi, come avveniva sotto l'impero del trattato del 1828, nella contumacia di una delle parti. Inoltre siccome la rinuncia alla giurisdizione stabilita nel trattato è pure ammessa dall'articolo 3, (4) sarebbe troppo rigoroso interdire al convenuto di accettare al momento dell'istanza la giurisdizione francese. (5)

760. — Secondo altre legislazioni ed altri trattati è preferita, senza distinzione fra i beni, la competenza territoriale. Così è nella

(1) Trib. civ. di Ginevra 4 Settembre 1885, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 682.

(2) Art. 11. « Le tribunal devant lequel sera portée une demande qui, d'après les articles précédents, ne serait pas de sa compétence, devra, d'office et même en l'absence du defendeur, renvoyer les parties devant les juges qui en doivent connaitre ».

(3) C. d'app. di Lione, 5 Giugno 1886, ap. Chausse: Examen doctrinal. *Revue Critique* 1887, pag. 284, 5.

(4) « En cas d'election de domicile dans un lieu autre que celui du domicile du défendeur, les juges du lieu du domicile élu seront seuls compétents pour connaitre des difficultés auxquelles l'exécution du contrat pourrait donner lieu »; v. Brocher, l. c., pag. 10. — (5) Chausse, l. c., pag. 284.

giurisprudenza degli Stati Uniti. « Io inclino a credere, diceva il giudice Bradford (1) che i principî moderni adattati alle nuove specie ed alle nuove esigenze, siano favorevoli all'esercizio del diritto di giurisdizione basato sul solo fatto che i beni mobili, appartenenti ad uno straniero defunto, sono trovati nel territorio dello Stato dopo il suo decesso ». A tale concetto corrispondono il trattato degli Stati Uniti colla Svizzera del 1850; (2) altre convenzioni con altre potenze secondo le quali ogni contestazione fra persone rivendicanti la medesima successione dev' essere decisa dai giudici del paese dove i beni sono situati, (3) ed il trattato di commercio del 1886 fra la Francia ed il Messico che dispone: (4) « Les réclamations rélatives aux droits de succession sur les effets mobiliers laissés dans l'un des deux pays par les sujets de l'autre, soit qu'à l'époque de leur décès ils y fussent établis, soit qu'ils y fussent simplement de passage, seront jugées par les tribunaux ou autorités compétentes du pays où ces effets se trouveront ».

Lo stesso principio era sancito dal regolamento consolare brasiliano del 1851 (5) che dava così piena efficacia alla massima *tot hereditates quot territoria*, allora (6) predominante in quel paese. Ad esso si uniforma la pratica d'altri Stati sud-americani, (7) la convenzione del 1856 fra la Svizzera ed il Baden, quello fra la Francia e la Grecia (8) e quella dell' Italia coll'Austria (9) che riserva la competenza dei tribunali della situazione ogniqualvolta il reclamo non si fondi sul titolo d'eredità o di legato.

Che tali disposizioni circa la competenza non siano necessariamente collegate con quelle circa il diritto materiale, lo prova la convenzione consolare svizzero-brasiliana del 21 Ottobre 1878 che, mentre rispetto a questo fa prevalere su tutta la successione la legge nazionale, regola quella secondo il principio territoriale (10) e la prova altresì la giurisprudenza italiana (11) applicante

(1) Kohler c. Knapp. Field, art. 687, nª 2.
(2) Art. 6. — (3) Curti, l. c. pag. 110, 1.
(4) Art. 6, *Mémorial Diplomatique*, 19 Maggio 1888, pag. 322.
(5) Böhm, loc. pag. 172, 3. — (6) *Ann. de leg. etr.*, 1879, pag. 733.
(7) Böhm, l. c., pag. 177. — (8) Art. 15. — (9) Art. 12.
(10) Art. 22. V. anche la convenz. cons. italo-brasiliana; art. 23.
(11) C. di cassaz. di Torino 3 Maggio 1872 Giurispr. di Torino, 1872 pag. 476; 30 Genn. 1874, Giurispr. di Torino 1874, pag. 321, C. d'appello di Firenze 1 Dicembre 1882, Legge 1883, vol. I, pag. 17. C. d'appello di Venezia 3 Febbr. 1888, c. Dreina c. Dreina. Annali, 1888, III, pag. 83-6.

in questo senso l'ultimo capoverso dell'articolo 94 del codice di procedura civile. Avendo infatti la corte d'appello di Firenze nella causa Trafford contro Blac accolta l'eccezione d'incompetenza di quest'ultimo, ritenendo che l'articolo 94 contempli soltanto le successioni di nazionali aperte all'estero e non sia applicabile alla successione di stranieri aperta all'estero e nella quale siano interessati soltanto contendenti stranieri, la corte di cassazione di Firenze (1) ne annullò la decisione; ritenendo che non si possa, in relazione all'articolo 94 distinguere i connazionali dagli stranieri e che quell'articolo corrisponda alla norma di giurisdizione stabilita dall'articolo 105 n° 1 secondo il quale lo straniero va sempre soggetto alle autorità giudiziarie del Regno per le azioni relative a beni mobili o immobili esistenti nel regno.

Da tutto ciò risulta che nei rapporti internazionali vigenti quando si ammette in tutto od in parte la territorialità della successione si ammette nelle stesse proporzioni quella della competenza; ma che non sempre, quando si riconosce la personalità della successione si applica anche la personalità esclusiva della competenza tanto più quando, come nel nostro paese, la legge contenga tali norme relative all'applicazione della legge straniera che il diritto particolare dello straniero sia garantito anche quando debba venir applicato dai nostri giudici, e le prerogative dello Stato resterebbero offese se a questi rispetto all'applicazione di quelle venisse tolta ogni competenza. In molti dei trattati recenti si nota bensì la tendenza a raggiungere quella combinazione completa della competenza del giudice con quella della legge, che il Brocher sostiene (2) ed il Curti combatte (3) a proposito del trattato franco-svizzero; ma a nostro avviso la soluzione migliore sta nel fare sempre uua distinzione fra la legge da applicarsi e la competenza derivante, così nei riguardi dei cittadini come in quelli degli stranieri, dalla tutela dei diritti privati da parte dello Stato; e nell'attribuire competenza al giudice del territorio dove i beni o la maggior parte di essi sono situati, senza obbligare mai il giudice per tal guisa competente, a far prevalere, salvochè quando lo esiga l'ordine pubblico od il diritto pubblico, la legge propria a quella straniera. (4)

(1) 17 Maggio 1884, Legge, 1884, vol. I, pag. 656, 660.

(2) L. c. pag. 58. — (3) L. c. pag. 74, 81.

(4) C. d'app. di Venezia, 3 febbraio 1888; Dreina. c. Dreina, Annali, 1888, III, pag. 83, 6.

761. — L'argomento della competenza rispettiva degli Stati parrebbe semplicissimo dal punto di vista delle tasse ereditarie, non consentendo i limiti territoriali della sovranità di prelevare tasse fuori del territorio.

In tale materia si hanno le disposizioni più varie. Alcune leggi, rendendo omaggio al concetto più assoluto della proprietà individuale, ignorano del tutto la tassa ereditaria: così era della legge napoletana del 21 Giugno 1819 (1) ed è tuttora del principato di Waldeck. (2) Altre, pur prelevandola di regola, stabiliscono una somma minima al disotto della quale le successioni debbano ritenersi libere da tassa, o determinano certe classi di eredi che debbano godere, indipendentemente dal valore dell'eredità, di tale privilegio.

In Prussia sono libere le successioni inferiori a centocinquanta marchi, quelle spettanti ad ascendenti ed a discendenti, al coniuge, e, fino a novecento marchi, i legati a persone che appartenevano come domestici alla famiglia del defunto; in Baviera sono esenti le successioni inferiori a cinquanta marchi, quelle spettanti a discendenti ed al coniuge del defunto, quelle spettanti ai suoi genitori non eccedenti il valore di mille marchi ed il venti per cento del valore superiore, ed i legati ai domestici fino a seicento marchi; in Sassonia l'esenzione dura fino a centocinquanta marchi, comprende fino a mille marchi i legati a domestici, e le successioni dei legittimari, fratelli del defunto e loro discendenti in primo grado; in Würtemberg sono esenti le successioni dei coniugi, dei discendenti legittimi, i legati a domestici fino a mille marchi, e le successioni mobiliari inferiori a cento marchi; anche in buona parte della Svizzera sono favoriti dall'esenzione i discendenti, e le successioni più esigue. (3) Nella Granbrettagna nessuna tassa è pagabile quando l'ammontare di tutta la successione non eccede cento lire sterline o quando il valore della successione individuale è inferiore a venti; ed il coniuge è esente da ogni tassa. (4)

All'infuori di questi casi d'esenzione non corrispondenti nei vari paesi, le tasse sono variamente commisurate a seconda del grado di parentela: in Italia ascendenti e discendenti pagano uno

(1) Leggi speciali, Torino, Unione Tip. Editr., 1881, vol. I, pag. 18.

(2) Reuling, l. c., pag. 53.

(3) Reuling, l. c., pag. 52, 3, 145.

(4) Lorimer, l. c., pag. 224 e Whitaker's Almanack, 1888, pag. 401, 2.

e venti per cento, i coniugi tre, istituti, fratelli e sorelle cinque, zii e nipoti sei, cugini germani otto, altri collaterali nove, e gli estranei dieci; (1) in Prussia uno per cento è prelevato da certi legati a persone che prestavano servizio nella casa del defunto, due dai figli adottivi, ai fratelli e ai loro discendenti, quattro dagli altri collaterali fino al sesto grado e da generi e loro discendenti, suoceri, patrigni, e figliastri, illegittimi riconosciuti, e dai legati per scopi di pubblica utilità; in tutti gli altri casi la tassa è dell'otto per cento; in Baviera i collaterali di terzo o di quarto grado e gli ascendenti pagano il sei per cento, gli altri eredi l'otto, in Sassonia i collaterali fino al quarto grado pagano il tre, gli altri eredi il cinque per cento; nel Würtemberg l'ammontare della tassa è divisa secondo cinque, nel Baden secondo tre misure corrispondenti ai vari gradi di parentela; l'ammontare poi della tassa per ciascun grado è determinato per ogni periodo finanziario. In Austria fra ascendenti e discendenti e coniugi non separati si preleva uno ed un quarto per cento; ai fratelli dell'erede e dei suoi ascendenti quattro un quarto per cento, ed in tutti gli altri casi otto e un quarto per cento; cui deve però aggiungersi sugli immobili una tassa di uno e mezzo per cento. In Ungheria invece il massimo della tassa è del dieci per cento; nella Svizzera la tassa varia secondo il grado della parentela ed il valore della successione dall'uno al quindici per cento; e nella Granbrettagna si paga da ascendenti e discendenti uno per cento, da fratelli, sorelle del defunto e loro discendenti tre, da fratelli e sorelle del padre o della madre del defunto e dai loro discendenti cinque, da fratelli e sorelle degli avi del defunto e dai loro discendenti sei, e da ogni altro collaterale e dagli estranei dieci per cento. (2)

Nei paesi retti dal diritto turco si preleva, a seconda delle relazioni fra erede e defunto, una tassa che varia dall'uno all'otto per cento, cui se ne aggiunge per gli immobili un'altra che, se trattasi di un fondo *mulk* o di assoluta proprietà privata, è dell'uno, se trattasi di fondi *mirié*, sui quali lo Stato si è riservato un dominio eminente, è del due, e per i parenti più lontani del quaranta per cento; e se invece trattasi di certi beni *vacùfs*, posseduti a locazione perpetua, è del quindici per gli eredi di primo grado,

(1) L. c., pag. 413.
(2) Reuling, l. c., pag. 52, 3, 77, 99, 100, 144, 5.

del trenta per quelli del secondo, del quaranta per quelli del terzo e del cinquanta per cento per quelli degli altri gradi. (1)

762. — Da tale diversità di leggi circa le tasse ereditarie parrebbe, com'io diceva, che non dovessero derivare conflitti, di fronte al riconoscimento universale del principio secondo il quale il prelevamento delle tasse in ciascun territorio è un diritto esclusivo della sovranità. La piena territorialità però è generalmente riconosciuta solo inquanto riguarda gli immobili rispetto ai quali tanto gli Stati che regolano la successione secondo la legge personale quanto quelli che la regolano secondo la legge territoriale, si trovano d'accordo nell'applicazione del medesimo sistema. (2) Secondo il diritto italiano (3) non sono soggetti a tassa i beni immobili esistenti fuori del territorio del regno, qualunque sia il titolo pel quale si trasferiscono; e la giurisprudenza francese è concorde così nell'escludere dalla tassa tutti gli immobili situati all'estero, come nel sottoporvi tutti quelli esistenti in Francia; (4) così avviene in Prussia, (5) in Austria (6) ed in Svizzera (7) dove il tribunale federale decise nei rapporti intercantonali (8) che ogni cantone nel territorio del quale si trovano bene immobili appartenenti ad una successione, ha il diritto di percepirne la tassa, ma deducendone una parte proporzionale dei debiti che gravano la totalità della successione.

Se però nel diritto internazionale vigente non dà luogo a conflitti rispetto agli immobili il diritto di percepire la tassa, può darvi luogo in certi casi la proporzione di quella, dipendente dal giudicare il titolo di successione ed il grado di parentela nel territorio dove sono situati gli immobili in modo diverso da quello seguito nella sede della successione e nel paese cui appartengono gli eredi. Il determinare infatti la relazione di parentela che passava fra il defunto e gli eredi spetta alla legge personale di quello secondo i principî accolti nei paesi che riconoscono la personalità della successione, ed alla

(1) Reuling, pag. 112, 3, Rougon, l. c., pag. 64, 5.

(2) Lehr, Des Droits de mutation par décès, Journal 1883, pag. 18, Field, l. c., art. 588, Weiss, l. c., pag. 851.

(3) Legge sulle tasse di registro del 13 sett. 1874, art. 12.

(4) Clementini, Leggi speciali, 1881, Unione tip. editr., pag. 18 e segg.

(5) Reuling, l. c., pag. 51. — (6) L. c., pag. 77.

(7) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 253.

(8) Trib. feder. 5 Dic. 1884, Dölli.

legge della situazione dei beni, specialmente immobili, secondo i principî accolti dagli Stati che ammettono la territorialità della successione. Trovandosi pertanto eredi appartenenti ad un paese della prima specie, in rapporto con uno Stato della seconda specie dove siano situati immobili appartenenti alla successione, quest'ultimo Stato non solo nella successione intestata regolerà i loro diritti successori secondo le proprie leggi; ma così in quella come nella successione testamentaria, ricorrerà, per determinare la tassa di successione che debba prelevarsi, alla misura stabilita per quella categoria alla quale i successori appartengono secondo la legge territoriale, e non già a quella cui sono ascritti secondo la legge personale. Così i figli naturali di un inglese domiciliato in Italia o di un italiano, non saranno considerati in Inghilterra, rispetto ai beni del padre che vi sono situati, come figli di lui, ma come estranei, e vi saranno sottoposti rispetto a quei beni che il padre abbia loro lasciato per testamento non già alla tassa dell'uno per cento che vien pagata in Inghilterra dai figli, ma a quella del dieci per cento cui son tenuti gli estranei. (1) E trovandosi in questo caso un figlio naturale francese che concorresse con altri eredi su beni situati parte in Francia e parte in Inghilterra, potrebbe sorgere il dubbio se la legge francese del 1819 non lo autorizzasse a domandare di essere indennizzato sui primi della maggiore tassa pagata.

Più strana ancora è la giurisprudenza del tribunale federale svizzero, secondo la quale mentre la validità della disposizione e la capacità del successibile si devono giudicare rispettivamente secondo le leggi personali del defunto e dell'erede, si vogliono d'altronde giudicati i rapporti che esistevano fra questo e quello nei riguardi della tassa ereditaria secondo la legge dalla situazione degli immobili. Così pronunciò quel tribunale il 16 Gennaio 1886 a proposito dell'eredità di un ginevrino che era mortò lasciando beni immobili nel cantone di Vaud ed istituendo erede una sorella per la parte disponibile e per il resto una figlia adottiva. Quantunque l'adozione sia una istituzione del codice ginevrino ignorata da quello del cantone di Vaud, l'autorità vodese immise in possesso la figlia adottiva della quota legittima che le spettava secondo il diritto ginevrino

(1) Alta corte inglese, Divis. cancell., 30 febb. 1882, Journal 1883, pag. 84, 85.

che assimila completamente il figlio adottivo a quello legittimo. Ma siccome la legge vodese sulle tasse di successione ne esonera soltanto i *discendenti* senza specificare di più, si volle trattare quella figlia adottiva, nei riguardi della tassa di successione, come un'estranea. (1)

763. — Quanto ai mobili appartenenti alla successione, possono derivare divergenze dal badare alla loro situazione reale nel luogo dove effettivamente si trovano, oppure alla loro situazione fittizia nel paese del defunto. Fra queste due soluzioni un motivo di ordine pratico e di equità induce ad invocare nei rapporti internazionali un accordo nella scelta concorde di una per evitare la doppia percezione di una tassa dipendente dalla medesima causa; ma un motivo più intimo trae a desiderare che la scelta concorde cada sulla prima. Sarebbe assurdo infatti sottoporre alla legge della successione tutto quanto avviene nell'occasione di una successione; ora l'ordine e la trasmissione di questa riguarda il diritto dei privati, ma la percezione della tassa è l'esercizio d'un diritto fiscale dello Stato che si esercita bensì nell'occasione di quel fatto d'ordine privato, ma ne è del tutto indipendente e si collega piuttosto col suo regime finanziario e col suo concetto dell'indole e delle conseguenze del diritto di proprietà.

A tale concetto si uniforma il diritto del nostro paese, che sottrae alla tassa (2) i beni mobili trasferiti per causa di morte quando non sono nel Regno. Secondo quella disposizione un credito esigibile nel Regno sarà in ogni caso soggetto alla tassa quantunque dipendente dall'eredità di uno straniero ed esigibile da un altro straniero. Così giudicò la corte d'appello di Palermo il 1 Agosto 1884, (3) a proposito della successione lasciata da una D'Espinas di nazionalità francese. Questa, con testamento del 15 Ottobre 1876, istituiva la francese Giulia Sabatier erede universale del suo patrimonio che consisteva in capitali prestati ad un altro francese Uberto Forget. Avendo il ricevitore delle successioni liquidata su quei capitali la tassa di lire 5355, la Sabatier fece opposizione alla correlativa ingiunzione, sostenendo che essendo

(1) Trib. federale, 16 Genn. 1886, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, Roguin, *Bulletin de la Jurisprud. Suisse*, pag. 376.

(2) Legge cit. art. 12.

(3) Intendenza di Finanza di Palermo, c. Sabatier *Annali* 1884, III, pagina 412-416.

francesi tanto la testatrice, quanto l'erede ed il debitore, il patrimonio consistente in quei crediti doveva, anche sotto il rispetto della tassa, andar soggetto alla legge nazionale del proprietario. L'opposizione veniva accolta dal tribunale civile di Palermo l'11 settembre 1882, ma, in seguito a ricorso dell'Intendenza di Finanza e del ricevitore delle successioni, la corte d'appello modificò quel giudicato nel senso dei principi sostenuti dai ricorrenti. « Il principio regolatore della tassa di successione », sta scritto nella sentenza, « è quello ch' essa colpisce il trasferimento dei beni avvenuto per causa di morte, senza aver riguardo alla persona del defunto, ma ai beni che si trovano nel Regno; per quanto riflette i crediti risulta dall'articolo 12 della legge del 13 Settembre 1874 ch' essi, a chiunque appartengano, si considerano esistere nello Stato quando vi sono esigibili, o sono assicurati su beni che vi esistono, o sono corrispettivi di contratti su stabili che vi sono situati, o dipendano da contratti stipulati fra nazionali in Italia. Ora il Forget, benchè nativo di Lione, era da molti anni stabilito a Palermo, ed il credito vi era esigibile », cadendo perciò sotto l'eccezione stabilita dalla legge del 1874 all'articolo 7 preliminare del codice civile che sottopone alla nazionalità del proprietario i beni mobili. Un'altra applicazione della stessa legge e dell'articolo 418 del codice civile, importa che, se nel patrimonio sianvi azioni industriali o commerciali di una società estera avente una sede nel Regno, quantunque i dividendi siano pagabili all' estero alla sede principale della società, gli eredi, quando la trasmissione dei titoli avviene nel regno, siano tenuti alla tassa sul loro valore. (1)

Il diritto prussiano combina il principio della territorialità colla sollecitudine di impedire la doppia tassazione; sui mobili situati all'estero vien prelevata la tassa in quanto all'estero non vi siano sottoposti o lo siano in misura inferiore a quella dei diritto prussiano, ed i mobili esistenti in Prussia e formanti parte della successione d'uno straniero, sono o non sono soggetti alla tassa a seconda che lo sono o non lo sono i mobili appartenenti alla successione di un prussiano nel paese del defunto; e la stessa soluzione è seguita anche secondo il diritto austriaco. (2)

(1) Clementini, l. c.
(2) Reuling, l. c., pag. 51, 77.

Il diritto esclusivo della tassazione da parte dell'autorità territoriale anche nei riguardi dei mobili apparisce ammesso anche da una sentenza francese relativa ai rapporti fra la Francia ed il Madagascar.

Un creolo dell'isola della Riunione, Enrico Sautron, stabilito a Nossi Wey sulla costa occidentale dell'isola di Madagascar, era accusato d'aver preso parte come complice al saccheggio delle merci di Francesco Lakermance, negoziante a Saint Denis, nell'isola della Riunione, insieme coi Sakalavi dipendenti dal capo Refiaille; però i giurati risposero negativamente al quesito di colpabilità per saccheggio, accettando l'argomento della difesa che sosteneva essersi trattato del prelevamento, a mano armata, da parte del re Refiaille della tassa di successione che ammontava legalmente in quel paese alla metà dei beni lasciati dal commerciante defunto. (1)

764. — In Inghilterra si ritiene esigibile la tassa di successione sui mobili nel paese del domicilio del defunto: nel caso di un inglese che da trent'anni aveva abbandonato l'Inghilterra, recandosi prima in Australia, poi ad Hong-Kong e da ultimo a Schanghai, e la cui sostanza era stata realizzata in China e distribuita in gran parte a residenti di quel paese, la divisione della Cancelleria dell'Alta Corte decise che, non avendo il defunto mutato il domicilio d'origine, la tassa era percepibile in Inghilterra su tutta la sua sostanza mobiliare. (2) La preferenza per il paese del domicilio sembra risultare (come un voto perchè non corrisponde del tutto alla giurisprudenza del paese), da una sentenza del tribunale federale Svizzero;(3) e da una sentenza francese (4) secondo la quale i valori mobiliari stranieri di qualunque natura, dipendenti da successioni rette dalla legge francese, sono sottoposti ai diritti di mutazione per decesso.

Da tale differenza di criteri può derivare il grave inconveniente di una doppia tassazione, per evitare la quale la convenzione austro-serba del 6 Maggio 1881 libera i beni mobili la-

(1) Laurent Chemazy, nel *Journal*, 1882, pag. 174-9.

(2) Journal 1884, pag. 85, 6. Alta Corte, Div. della Canc. 4 Aprile 1883 Tootal.

(3) 5 Dicembre 1884, *Journal*, 1886, pag. 253.

(4) C. di Cassazione, 15 Luglio 1885. Hutchinson c. il Registro. *Journal* 1886, pag. 93, 4.

sciati da sudditi di una delle parti contraenti, nel territorio dell'altra, da ogni tassa imposta dallo Stato dove il *de cujus* è morto, (1) e la dichiarazione austro-sassone del 17 febbraio 1881 importa l'esenzione reciproca delle successioni mobiliari che trovansi nel territorio d'uno dei due Stati da ogni tassa all'infuori di quelle giudiziarie e di bollo pagabili nell'occasione dell'intervento dei tribunali, quando il defunto e quello cui pervengono i beni sono sudditi dell'altro Stato. (2) Un accordo simile esiste fra l'Austria ed il Canton Ticino; (3) e, nei rapporti federali svizzeri, provvede allo stesso scopo l'articolo 46 della costituzione federale in virtù del quale quando sulla stessa successione sia reclamata la tassa da più Cantoni, gli eredi tassati possono ricorrere al tribunale federale contro la doppia tassazione. (4)

Ma tale inconveniente oltrechè poter verificarsi nei rapporti fra due paesi uno dei quali consideri la situazione dei mobili ed uno la legge personale del defunto, può avvenire anche in quest'ultimo caso fra Stati che egualmente badino al domicilio del defunto, per effetto della non identità di concetto del domicilio accolto in entrambi. A tale scopo una convenzione anglo-vodese del 7 Giugno 1872, dispensa dal prelevamento della tassa sulle successioni gli eredi di sudditi d'un paese defunti nell'altro quando questi ultimi non avessero fatto nel paese dove vennero a morte una formale dichiarazione di domicilio. (5)

Questa stipulazione è ritenuta una deroga così sostanziale al diritto comune in Svizzera, che il tribunale federale si rifiutò di applicarne le clausole ai sudditi russi, quantunque la convenzione di stabilimento fra la Svizzera e la Russia accordi reciprocamente ai sudditi rispettivi la condizione della nazione più favorita. (6) Così avviene, in mancanza di stipulazioni speciali, che fra Stati pur badanti al domicilio del defunto, il pericolo della doppia tassazione derivi da ciò che uno tenga conto del domicilio d'origine o di quello acquisito con determinate condizioni, e l'altro della semplice residenza.

(1) Strisower, Chronique de faits internationaux. Autriche-Hongrie. Revue 1884, pag. 193-207. — (2) Strisower, l. c., pag. 431-4.

(3) Reuling, pag. 77. — (4) Reuling, pag. 145.

(5) Trib. di Rolle, 15 Gennaio 1884, *Journal*, 1884, pag. 251. 2.

(6) Trib. federale, 27 Febbraio 1886, Ortrowski, *Journal*, 1887, pag 116-9.

765. — Ma se è facile trovare una transazione che eviti i conflitti fra paesi che seguano rispettivamente l'uno o l'altro di quei concetti circa la situazione della sostanza mobiliare del defunto, è molto difficile conseguirla quando tali paesi trovansi di fronte ad uno Stato che applichi a vicenda l'uno e l'altro principio secondo che più giova alle esistenze del proprio fisco. Così avviene in Francia la cui legislazione nel corso di meno d'un secolo accumulò in tale materia disposizioni contradditorie.

La legge del registro del 22 Frimaio Anno VII, bada alla situazione dei mobili, e, quanto ai crediti, bada al domicilio del debitore indipendentemente dalla nazionalità del defunto e degli eredi; poi le leggi del 1850 e del 1863 sottomisero alla tassa di successione i valori mobiliari stranieri dipendenti dalla successione di un francese stimandoli come parte del suo patrimonio ed aderenti alla sua persona; finalmente la legge del 23 Agosto 1871 sottopone allo stesso diritto i valori stranieri che appartenevano a stranieri perciò solo che questi risiedevano abitualmente in Francia al momento del decesso e quantunque non avessero nè domandato nè ottenuto l'autorizzazione di stabilirvi il domicilio. Ora si potrà giustificare su tale argomento una legge come quella del 22 Frimaio che bada per determinare il diritto di percezione della tassa, al domicilio del debitore, od una come quella del 1871 che loda dal domicilio del creditore defunto; ma sfugge a qualunque giustificazione quella combinazione dell'uno coll'altro sistema per cui si esigono tutti i diritti di mutazione quando il debitore è in Francia, e quando risiedeva in Francia il creditore; sicchè nel primo caso si incorre nella doppia tassazione in concorrenza cogli Stati che badano alla legge personale del defunto, e nel secondo con quelli che badano alla situazione dei beni mobili di cui si tratta (1)

Quando trattasi di successioni aperte fuori della Francia, il primo principio è ammesso così completamente dall'amministrazione francese da ritenere che se una assicurazione sulla vita fu stipulata da uno straniero con una compagnia francese e che il capitale assicurato sia pagabile in Francia, il diritto di mutazione è dovuto, al decesso di quello straniero, sulla somma da pagarsi dalla Compagnia, trattisi di contratto stipulato in Francia

(1) Lehr, Mutation par decès, *Journal* 1883, pag. 13-19.

alla sede sociale per una somma pagabile nello stesso territorio e deferendo le contestazioni ad un tribunale arbitrale francese, o di contratto firmato all'estero dall'assicurato ed in Francia dal rappresentante della Compagnia per somma pagabile in Francia e sottomentendo le parti ai tribunali francesi; o di contratto stipulato in condizioni identiche a quelle del secondo, ma per effetto del quale i premi siano pagabili alla sede sociale od al domicilio degli assicurati a scelta della Compagnia, ed il capitale debba riscuotersi in Francia riconoscendo competenza per le contestazioni al tribunale straniero del luogo dove ha sede l'agenzia della Compagnia francese. (1)

Quando si tratta invece delle successioni di francesi o di stranieri stabiliti in Francia, si applica il principio opposto, esigendo la tassa non solo sui crediti esigibili all'estero in genere, (2) ma anche quando il capitale di cui si tratta fosse immobilizzato secondo le leggi del paese straniero dove era esigibile (3) in modo da renderne assolutamente certa, perlevandone una tassa in Francia, la doppia tassazione.

È dunque opportuno che avvenga un accordo fra gli Stati per la scelta, nei riguardi della tassazione, fra la legge del defunto e quella della situazione, e per determinare la situazione dei crediti, sotto tale riguardo, alla sede del debitore od a quella del creditore, ma è soprattutto necessario che il sistema alternativo francese, ispirato soltanto all'interesse del fisco, venga modificato col modificarsi delle disgraziate condizioni finanziarie sotto l'influenza delle quali venne escogitato.

766. — Anche la determinazione e l'attribuzione della successione vacante può dar luogo a conflitti fra lo Stato cui apparteneva personalmente il defunto e quello dove i beni sono situati; e sull'indole della soluzione influisce in gran parte il concetto che si ha della successione vacante. È questo un termine così giuridicamente come etimologicamente esatto, e la proprietà che acquista lo Stato deriva dalla sua sovranità che lo autorizza a

(1) Assurance sur la vie par un étranger. Solution de l'administration, 23 Luglio 1883, *Journal*, 1884, pag. 276-9.

(2) Trib. di Nizza, 9 Luglio 1883, Celebrini di S. Martino, *Journal*, 1884, pag. 72-75.

(3) C. di Cassazione, 15 Luglio 1885, Hutchinson c. il Registro, *Journal*, 1886, pag. 93-5.

disporre dei beni senza padrone? Oppure è un termine dal punto di vista giuridico improprio e la successione per mancanza di eredi non può dirsi vacante, ma lo Stato ne raccoglie i beni come ultimo erede senza distinzione alcuna nel titolo dagli altri eredi chiamati dalla legge prima di lui? Questi due concetti si dividono così il campo della dottrina come quello del diritto positivo.

Il secondo ha per sè i romanisti invocanti l'autorità del diritto romano che quantunque non dia al titolo del fisco il nome di *hereditas* pure la regola sostanzialmente nello stesso modo come se si trattasse di un erede. (1) Tale sistema si collega certamente colla costituzione antica della famiglia e della proprietà; colla collettività originaria di questa, colle traccie di tale collettività serbate nei diritti degli agnati e della *gens* romana, del *γένος* greco, del *sept* celtico, della parentela teutonica, e della tribù slava. (2) E può ritenersi che essendo il primo nucleo politico delle società umane la tribù, cioè un complesso di famiglie discendenti da un antenato antico noto o dimenticato, ed essendovi sull'allargamento della tribù posti i fondamenti dello Stato, il diritto di questo sulla successione dei sudditi morti senza parenti, sia stato veramente nella sua origine un proprio diritto di successione. Sicchè anche quando lo Stato, oltrechè per altre cause molteplici anche per la libertà delle immigrazioni e delle emigrazioni, perdette anche nella sua finzione quella base gentilizia originaria, le leggi di molti paesi o nella lettera soltanto od anche nello spirito continuarono a considerare come permanente in quel diritto dello Stato il medesimo carattere.

Così può dirsi del codice italiano che nella sezione VI del capo I del titolo delle successioni parla della successione dello Stato, e dispone che in mancanza di persone chiamate a succedere secondo le regole stabilite nelle sezioni precedenti, l'*eredità* si devolve al patrimonio dello Stato; del diritto spagnolo (3) e del codice portoghese (4) secondo il quale in mancanza di tutti gli eredi testamentari o legittimi, *succederà* lo Stato cogli stessi diritti e colle stesse obbligazioni di ogni altro erede. Anche secondo

(1) Glück, Intestaterbfolge, II Aufl. § 206, 8; Savigny, l. c., § 377, n.° 9.

(2) De Laveley, La proprieté primitive dans les townships ecossais. Orleans. Girardot 1885, pag. 3, 4, 7. Jovanovich l. c., pag. 254, 5. Summer Maine, L'anc. dr. et la cout. primitive, C. VIII.

(3) Lehr, *Dr. Civ. Esp.*, pag. 465. — (4) Art. 2006-8.

il codice civile del regno di Sassonia (1) il diritto dello Stato sui beni del defunto in mancanza di eredi è considerato come un vero diritto ereditario invece che come un diritto di occupazione; e così è pure delle leggi vurtemburghesi, secondo affermano lo Stein ed il Kübel. (2)

767. — Secondo il concetto opposto, esaurite le linee di parentela ammesse a succedere, la successione non è più considerata quale un tutto unico, posto di fronte allo Stato come ad un erede, ma le cose che la compongono si considerano veramente come beni vacanti ed occupabili; (3) l'occupante in questo caso non può essere se non lo Stato che in seguito alle misure conservative ha le cose nel suo possesso e che rispetto ai beni immobili vacanti fa prevalere nella massima parte degli Stati il proprio diritto di occupare a quello dei privati; ma il suo titolo di acquisto è pertanto essenzialmente diverso da quello dei privati. (4)

In questo senso viene interpetrato il codice francese che dispone: (5) « in mancanza di coniuge superstite l'eredità si acquista dal Fisco ». Veramente non può negarsi che la sezione cui appartiene quell'articolo non tratta della *successione* ma dei *diritti* del fisco; ma è vero che quella stessa sezione tratta anche dei diritti del coniuge superstite cui non si può dire pervengano i beni per titolo del tutto diverso da quello di successione, e che l'articolo relativo al fisco parla di eredità. Pure il Weis (6) non dubita di affermare che il diritto dello Stato sia piuttosto un diritto di occupazione sui beni senza padrone che un vero diritto di successione, ed il Laurent (7) fa la stessa affermazione rispetto al diritto francese ed a quello dei Paesi Bassi. Egli crede risolvere il dubbio cui lascia àdito il testo della legge, ricordando la condizione effettiva delle cose: lo Stato, egli dice, non è, a propriamente parlare, un successore *ab intestato*: manca d'ogni qualità per esser tale non essendo nè parente nè affine; raccoglie i beni perchè questi sono senza proprietario in virtù del principio sancito

(1) Articolo 2618, 2620.

(2) Handbuch des Würtemberg. Erbrechts 1881. V Aufl., pag. 38 Ap. Böhm, l. c., Erganzungsband, pag. 17.

(3) Wolf. Institutiones, § 931.

(4) V. pag. 479-485. — (5) Art. 768.

(6) Weiss, l. c., pag. 839. — (7) Laurent, Vol. VI, pag. 605.

dal codice Napoleone che attribuisce allo Stato i beni senza padrone. (1) L'Antoine sostiene l'opinione contraria e deduce dalla lettera e dal contesto della legge argomenti per ritenere il titolo dello Stato un diritto di successione; (2) ma il Laurent (3) gli risponde: « È vero che il Codice ne parla nel titolo delle successioni e considera lo Stato come un successore irregolare; ma tale classificazione non è una prova dell'indole del diritto che appartiene allo Stato; il legislatore deve pur dire quale sia la sorte della successione quando non vi sono nè parenti legittimi, nè parenti naturali, nè coniugi; essa dunque vi chiama in questo caso lo Stato; ma lo chiama forse allo stesso titolo dei parenti? Ciò sarebbe senza senso: lo Stato in quanto acquista è una persona giuridica e le persone giuridiche non hanno per se stesse attitudine a succedere ».

Lo stesso dubbio solleva il diritto di alcuni cantoni svizzeri: a Zurigo, Argovia, Sciaffusa e Zug lo Stato raccoglie una metà della successione e metà ne spetta al comune d'origine; questo la raccoglie tutta a Glarona, ed Appenzell Rhode Esteriore; a Friburgo e a Unterwalden la raccoglie la cassa dei poveri del comune d'origine; ed in Turgovia a questa ne spetta la metà e l'altra metà al comune; ma il carattere di occupazione in questi diritti dello Stato risulta in Lucerna, Soletta e nei Grigioni dalla disposizione che, chiamando di regola il comune d'origine alla successione, devolve questa allo Stato quando il defunto era uno straniero (4).

Secondo il diritto russo lo Stato acquista le successioni vacanti allo stesso titolo che tutti gli altri beni senza padrone (5), e lo stesso avviene in Turchia dove, in mancanza di eredi, i beni diventano *mahul* cioè vacanti e lo Stato ne riprende la libera disposizione (6); e nella Gran Brettagna dove del resto le regole della successione rendono molto più difficile che non presso di noi il caso della successione vacante (7).

(1) Laurent, l. c., pag. 64, 7, 8, 9.
(2) Antoine, De la success., etc. n.° 79.
(3) L. c., pag. 650. — (4) Böhm, l. c., Ergänzungsband., pag. 17, 8.
(5) Lehr, Dr. Civ. Russe, pag. 434-8.
(6) Rougon, l. c., pag. 64.
(7) Lorimer, l. c., pag. 186-9. Lehr, Dr. Civ. Angl., pag. 135, 233 e 706.

768. — La successione vacante nel campo dei rapporti internazionali rende necessarie due diverse ricerche: anzi tutto a quale legge si debba ricorrere per constatarne l'esistenza, ed una volta questa sia determinata, a quale Stato debbano attribuirsi i beni che la compongono. La decisione della prima questione dipende dalla scelta della legge cui si debba ricorrere per regolare la successione in genere.

Nel campo della dottrina le stesse ragioni che fanno prescegliere per tutto l'ordine della successione la legge personale del defunto, inducono a ricorrere a quest'ultima anche per determinare se esistano o manchino parenti in grado successibile. Nel campo del diritto positivo l'esistenza della successione vacante sarà determinata rispetto a tutti i beni dovunque situati secondo la legge nazionale del defunto negli Stati che seguono il sistema di diritto internazionale privato adottato dal nostro codice, e secondo la legge del suo domicilio in quelli che seguono il sistema prevalente nel diritto germanico. Invece i paesi che regolano secondo la legge personale la successione mobiliare e secondo quella della situazione la successione immobiliare, determineranno la vacanza della successione di uno straniero secondo il suo diritto personale riguardo ai mobili e secondo quello del territorio della situazione riguardo agli immobili. Perciò un francese parente in dodicesimo grado d'un altro francese morto intestato, sarà ammesso a succedere sui beni mobili ed immobili lasciati da questo in Italia dove pure la successibilità dei parenti cessa al decimo grado; ma un italiano nella stessa condizione non potrà raccogliere in Francia la successione mobiliare; egli vi raccoglierà quella immobiliare prevalendovi la legge della situazione su quella del defunto; ed in Inghilterra un parente potrà succedere sui beni del defunto italiano quando possa provare la propria parentela senza limitazione di grado.

Son conflitti questi che si collegano con tutti gli altri relativi all'ordine della successione e la cui eliminazione dipende dalla possibilità di un accordo circa l'impero del diritto personale del defunto nel regolamento internazionale di tutta questa materia.

769. — La seconda questione, quella cioè della scelta dello Stato cui spetti raccogliere i beni della successione vacante, dipende dal concetto che di questa prevale nelle singole leggi nel regolarla dal punto di vista del diritto interno. Nel diritto americano al

concetto fondamentale del titolo dello Stato che vi vien fatto dipendere dalla sovranità e non dalla successione, corrisponde nella giurisprudenza l'attribuzione dei beni, senza distinguere fra quelli mobili e quelli immobili, allo Stato nel territorio del quale sono situati. (1) Lo stesso può dirsi del diritto russo come risulta dalla decisione relativa a beni mobili riferita dal Martens. (2) Un Indiano suddito britannico di nome Vokatriu era morto in Russia nel 1833 senza testamento e lasciando una successione considerevole; questa, consistente in somme di danaro, restò depositata in Russia finchè il governo inglese non la reclamò nel 1861 per trasferirla in India e farne il riparto fra gli eredi; il governo russo non contestò a questi ultimi la facoltà di provare il proprio titolo secondo le leggi indiane, ma, passato il termine oltre il quale la legge russa non ammette più tale prova, dichiarò acquisiti al fisco quei beni. In tale decisione v'è un elemento estraneo alla questione: quello cioè della determinazione della mancanza di titolo negli eredi fatta secondo il diritto russo; ma ne risulta a più forte ragione che in mancanza di eredi i beni si calcolano vacanti ed acquisiti al fisco della situazione come tali e non già a titolo di successione.

Diversa conclusione deriva secondo il Pacifici Mazzoni (3) dal diverso concetto ch'ebbe della successione vacante il legislatore italiano. Lo Stato, secondo quell'autore, è un successore; e, come tale, succede in mancanza di eredi a tutti i beni dei cittadini italiani dovunque situati, e non può succedere nelle stesse condizioni nè nei beni mobili nè in quelli immobili lasciati da uno straniero in Italia; in questi deve succedere lo Stato straniero secondo le regole stabilite dalla legge nazionale del defunto. Se tali norme venissero applicate in Italia si arriverebbe alla conseguenza che lo Stato italiano pretenderebbe invano di succedere ai beni senza eredi lasciati dai suoi sudditi in America ed in Russia, e concederebbe allo Stato straniero, americano o russo, la successione nei beni senza eredi lasciati dai loro sudditi rispettivi in Italia; ma siccome il concetto della successione vacante accolto in quegli Stati impedirebbe loro di accampare un titolo per reclamarli,

(1) Field, art. 589 e nota.
(2) Martens, l. c., vol. II, pag. 459, 460.
(3) Pacifici Mazzoni, Delle successioni, I, pag. 224.

così quei beni diventerebbero veramente vacanti e ricadrebbero in proprietà dello Stato italiano per quel titolo appunto che vuolsi respinto dalla nostra legge. Che se poi lo Stato dello straniero li reclamasse, il nostro Stato, senza occuparsi della legge di quello su tale argomento, dovrebbe riconoscerne, in virtù della legge nostra, il titolo alla successione.

I dubbi cui porge occasione la dizione del Codice, sono risolti invece dalla giurisprudenza francese nel senso sostenuto dal Laurent. Fino dal 1833 la corte d'appello di Parigi si pronunciò in favore dello Stato a proposito della successione vacante d'un americano morto a Parigi; (1) nel 1852 il tribunale di Bordeaux dichiarò egualmente acquisiti allo Stato francese 1900 franchi trovati presso un toscano morto a Parigi senza lasciare eredi e che pur erano reclamati dal console di Toscana; (2) nel 1878 (3) la Direzione del registro francese diramava un'istruzione nello stesso senso dichiarando che « il n'y a pas a distinguer à cet égard entre les meubles et les « immeubles; c'est en effet en vertu de son droit de souveraineté « que l'État acquiert les biens sans maitre qui se trouvent sur « son territoire; or le droit de souveraineté n'éxiste pas seule- « ment à l'égard des immeubles situés sur le territoire français; « il atteint au même dégré les objets mobiliers que l'étranger « possedait en France, le numeraire qu'il y a laissé, les créances « qui y sont payables et toutes autres valeurs incorporelles dont « la réalisation ne peût être poursuivie qu'en France et sous la « protection des lois françaises; la nation à la quelle appartenait « l'auteur de la succession en déshérence ne saurait, en aucun cas, « être admise à faire acte de souveraineté au delà des limites de « son territoire; elle ne peût, dès lors, revendiquer en France les « biens abandonnés qui proviennent de ses nationaux .... La circo- « stance que l'étranger est mort en France est indifferente; le « droit de l'État se fonde sur le fait qu'il n'y a pas de succes- « seurs; peu importe où il est mort »; (4) e finalmente il ministro delle Finanze in una memoria indirizzata ai ministri degli esteri e della giustizia (5) dimostrava non essere tale diritto lesivo delle attribuzioni accordate ai consoli dalle convenzioni internazionali,

(1) Laurent, vol. VI, pag. 439.

(2) L. c., pag. 441. — (3) *Journal de Dr. Int Privé*, 1879, pag. 321.

(4) Weiss, l. c., pag. 850 e n. 1 e Bard. l. c., pag. 238.

(5) *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1885, pag. 75, 6.

nè poter esso in quelle attribuzioni trovare un ostacolo, perchè quelle convenzioni « supposent toujours que l'étranger décédé en « France a laissé dans son pays d'origine des héritiers ou des « légataires; on n'y trouve, en effet, aucune disposition s'appli- « quant aux successions pour lesquelles il n'éxiste pas d'ayants « droit; dans ce cas la dévolution s'opère conformément aux « règles établies pour les successions en desbérence et le droit « d'apprehender l'hérédité abandonnée appartient exclusivement à « l'État sur le territoire duquel sont situés les biens qui en depen- « dent ». A togliere tale dubbio era diretta, nei riguardi del Brasile, la dichiarazione esplicativa della convenzione consolare franco-brasiliana (1) nella quale era stipulato che, nel caso di mancanza d'eredi in grado successibile, la successione del defunto « tant « mobilière qu'immobilière doit être devolue à l'État sur le ter- « ritoire duquel il est mort »; ed a tale soluzione non sono giudicate nè in Svizzera nè in Francia un ostacolo le stipulazioni della convenzione franco-svizzera del 1869. (2)

Così quantunque nella dottrina germanica il titolo del fisco alla successione vacante sia pareggiato a quello di un erede, e mentre il Savigny ne deduce la conseguenza che i beni spettino al fisco del domicilio, l'Impero non dubitò di accogliere la soluzione contraria nella convenzione consolare del 10 gennaio 1882 stipulata col Brasile. (3) Una analoga disposizione, concepita nei termini meno precisi e completi della dichiarazione francese, è contenuta nella convenzione consolare fra l'Italia ed il Brasile (4) realizzando così la soluzione che in tale argomento era stata sostenuta dal Fiore. (5)

Ora, nei riguardi del nostro paese e di quelli che nel proprio diritto civile trattano della successione dello Stato, ed applicano alla successione in genere la legge personale del defunto, non è tale

(1) 21 Luglio 1866, § 17. — (2) Curti, l. c., pag. 105. 6.

(3) « Falls der Nachlass eines Angehörigen eines der höhen vertrag- « schliessenden Theile, welcher in dem Gebiete des anderen Theiles gestorben « ist, herrenlos bleibt, so soll das bezeichnete Vermögen dem Fiskus desje- « nigen Landes zu fallen in welchem der Todesfall stattgefunden hat. So- « fern jedoch Nachlassgegenstände in dem Gebiete desjenigen vertrag- « schliessenden Theiles welchem der Verstorbene angehörte, vorhanden sind, « verbleiben dieselben dem Fiskus des Landes, in welchem sie sich be- « finden ». Art. 39.

(4) Art. 34. — (5) Fiore, l. c., pag. 527.

clausola in contraddizione colle disposizioni del diritto interno e coi criteri di diritto internazionale ammessi legislativamente? Se lo Stato è ritenuto successore allo stesso titolo degli altri eredi, senza dubbio tale contraddizione esiste fra un trattato che attribuisce i beni al fisco della situazione, ed un complesso di disposizioni legislative che esigerebbe la loro devoluzione allo Stato cui apparteneva il defunto. Ma la dottrina ormai prevalsa in Francia e che tende a prevalere nel nostro paese, ravvisa nella classificazione dello Stato fra gli eredi e nella legge che qualifica il suo titolo come diritto successorio, piuttosto un'espressione relativa alla definizione sintetica del complesso delle cose acquisite, che non una formulazione del titolo dell'ente che le acquista; e nello Stato moderno d'altronde ravvisa una così intima differenza dagli enti politici che originariamente acquistavano come eredi le cose lasciate dai loro membri morti senza successori, da non poter più ritenere che sussista cogli stessi caratteri e negli stessi limiti il loro diritto successorio, anche se la consuetudine mantiene lo stesso nome per designarlo. Ciò non toglie però che, piuttosto di approvare senz'altro tale giurisprudenza si debba piuttosto desiderare una modificazione in questo senso del testo della legge. Ma comunque sia di ciò, il diritto moderno tende a ravvisare concordemente nel titolo dei singoli Stati ai beni delle successioni vacanti un diritto dipendente soltanto dalla sovranità e perciò ad attribuire i beni rispettivamente agli Stati nel territorio dei quali si trovano; sicchè mentre nelle altre parti del diritto successorio e nella determinazione della successione vacante i conflitti persistono per causa dell' aderenza discorde dei diritti positivi alla prevalenza della legge personale e di quella territoriale, in quest'ultima parte che riguarda l'attribuzione dei beni vacanti essi tendono a scomparire mercè la scelta concorde e la concorde applicazione della più stretta territorialità.

XIII

APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO STRANIERO.

770. Applicazione del diritto straniero; applicazione diretta; I.° applicazione del diritto materiale; sua importanza. — 771. Sua difficoltà rispetto ai diritti codificati, ai diritti scritti non codificati ed alle consuetudini. — 772. Necessità di regolare ed accertare tale prova; tendenza del nostro tempo; stato attuale del diritto in Italia: carattere di fatto o di diritto nella norma di diritto straniero. — 773. Indeterminatezza del modo della prova. — 774. La prova del diritto straniero in Inghilterra; suo carattere di fatto. — 775. Determinazione del modo della prova. — 776. Stati Uniti: estensione della presunzione di identità della legge straniera colla nazionale e modo della prova. — 777. Francia, Belgio, Olanda; in quanto si attribuisca alla norma di diritto straniero carattere di fatto; attestati della legge propria; loro limiti. — 778. Austria, Ungheria: attestati del diritto nazionale; modo di prova del diritto straniero. — 779. Germania: carattere distinto dal fatto: modo di prova del diritto nazionale e di quello straniero; compito delle parti e del giudice; Russia; comunicazioni diplomatiche. — 780. Necessità di modificare i sistemi vigenti quanto alla prova e quanto all'autorità del diritto straniero. — 781. Difetti del carattere e del modo di prova nel diritto attuale; compito delle parti e del giudice. — 782. Carattere del diritto prevalente circa l'autorità del diritto straniero. — 783. Come da soluzioni materialmente diverse apparisca applicato lo stesso principio: necessità che una legge propria sancisca l'applicazione di quella straniera. — 784. Imperfezioni del sistema prevalente: necessità di riformarlo. — 785. Iniziative a tale scopo: esempi cui si ispirarono; insufficienza di questi. — 786. Studî dell'Istituto di Diritto Internazionale: progetto per migliorare la conoscenza del diritto straniero: concetto di cooperazione degli Stati. — 787. Elementi del progetto discusso; unione; istituto permanente; raccolta; comunicazioni: forza probante. — 788. Proporzioni a cui fu ridotto il progetto dalla discussione e dal primo voto dell'Istituto. — 789. Secondo voto e sua insufficienza. — 790. Progetto relativo al modo di prova del diritto straniero davanti ai tribunali; distinzione da quello antecedente. — 791. Elementi del progetto: carattere di fatto o di diritto della legge straniera; organizzazione delle comunicazioni; tendenza sfavorevole della discussione. — 792. Difetti di tale tendenza e dei voti adottati: necessità di cooperazione degli Stati e di traduzione per rendere efficace la prova: necessità e modo di assicurare l'autorità del diritto straniero. — 793. II.° Applicazione diretta d'una norma di procedura straniera. — 794. Commissioni rogatorie: in quanto implichino quella applicazione diretta; loro motivi; citazione; prove. — 795. Loro carattere di reciprocità. — 796. Prescrizione della loro trasmissione per la via diplomatica secondo i trattati. — 797. Prevalenza dello stesso sistema nel caso del loro scambio per reciprocità non convenzionale. — 798. Ammissione del loro scambio diretto fra le autorità giudiziarie. — 799. Come fossero del tutto

sostituite nel diritto inglese ed in quello degli Stati Uniti: in quanto l'antico sistema vi duri. — 800. Suo difetto quanto all'assunzione delle prove ed alle sue conseguenze. — 801. Norme prevalenti e norme consigliabili circa l'obbligo di eseguire una commissione rogatoria e circa la competenza. — 802. Circa le forme. Applicazione delle commissioni rogatorie alla prova del diritto materiale straniero.

770. — Fra quanti problemi agitano il campo del diritto internazionale privato quello che riguarda il modo d'applicazione del diritto ha un interesse più diffuso e più intenso. Anche da uno sguardo incompleto alle regole comparate di diritto internazionale privato risulta che nell'attuale società degli Stati civili come non v'è un paese che ammetta senza riserva l'applicazione nel suo territorio del diritto straniero, così non v'è paese che, per quanto prediliga la dottrina della territorialità, senza riserve lo escluda. In proporzioni diverse a seconda dei diversi principî cui si informa la condotta internazionale degli Stati, a tutti pur interessano le regole relative all'applicazione del diritto straniero, e le magistrature di tutti debbono pure escogitarne se la legge rispettiva non le determina. Inoltre queste regole sono le più importanti fra quante si riferiscono al diritto internazionale privato, anzi dalla loro esistenza dipende che la dottrina a questo relativa accolta in un determinato paese sia qualche cosa di più d'una formula vana, e produca veramente la propria efficacia con regolarità e con certezza.

Abbiamo accennato infatti ad un caso (1) nel quale una corte americana applicava erroneamente il diritto del proprio paese ad una controversia che pur riconosceva come sottoposta al diritto francese, perchè supponeva quest'ultimo identico al proprio. La corte d'appello d'Ancona (2) pronunciò il divorzio fra due tedeschi per abbandono, invocando le disposizioni della legge nazionale dei coniugi, ed errò perchè secondo il diritto vigente in quella parte della Germania dond'essi erano originari, l'abbandono non era contemplato dal diritto vigente come un motivo di divorzio. Si ebbe dunque in quel caso un divorzio pronunciato in Italia per un motivo che non era ammesso nè dalla legge italiana nè da quella personale dei coniugi. Nel 1862 essendo contestata a Buenos Ayres l'esecuzione di una sentenza civile francese sotto l'impero della legge che concedeva l'esecuzione delle sentenze straniere soltanto sotto

(1) Vedi pag. 118-120. - (2) Vedi pag. 294-6.

condizione di reciprocità, il tribunale superiore di giustizia argentino dichiarava ammissibile all'esecutorietà quella sentenza ritenendo « qu'il y à d'autant plus lieu d'appliquer ces principes, « que la reciprocité existe de la part des tribunaux français qui ac- « cordent l'éxécution des jugements rendus entre étrangers en vertu « d'un simple *pareatis* et sans éxamen préalable ». Tale dichiarazione era erronea perchè in Francia non sono ammessi alla esecuzione i giudicati stranieri a quelle condizioni se non in virtù d'un trattato, e la regola della reciprocità allora accolta rispetto alle sentenze straniere dal diritto vigente a Buenos Ayres veniva violata, per deficiente prova del diritto straniero, da una sentenza colla quale appunto pretendevasi farne un'applicazione.

Se nelle leggi dei singoli paesi o negli accordi fra gli Stati manca una regola certa e costante circa la prova del diritto straniero, qual valore notevole può attribuirsi alle regole di diritto internazionale privato rispettivamente accolti in quei paesi per determinarvi il grado d'ammissibilità del diritto straniero? Ogniqualvolta, come nei casi suaccennati, manchi il modo di conoscere e di provare quale sia la regola di diritto straniero indicata in genere come prevalente dai criteri di diritto internazionale privato accolti nel territorio, questi conservano soltanto il valore di norme negative implicanti l'esclusione della sola regola di diritto conosciuta con certezza dal giudice, quella cioè della legge territoriale, e la possibilità d'applicazione d'una norma di diritto erroneamente indagata a favore della quale non possa invocarsi nè l'impero della legge territoriale, nè quello della legge governante la persona delle parti od il rapporto giuridico.

771. — Ma quanto è evidente che la pratica efficacia d'ogni norma di diritto internazionale privato dipende in massima parte da quelle relative alla conoscenza ed alla prova del diritto materiale straniero, altrettanto è chiaro che tale prova è impresa ben sovente non meno ardua che necessaria. Anche quanto ai paesi che hanno un diritto codificato, il compito non è scevro di grandi difficoltà; la lettera della legge che sovente si presta alle varie interpretazioni dei commentatori e della magistratura ben più spesso può non rispondere chiaramente alle indagini di uno straniero; tale interpretazione riesce molto più difficile quando gl'istituti giuridici del paese del giudice sono per origini e per indole del tutto diversi da quelli della legge che si deve applicare così che i vo-

cabolarî dei due paesi non abbiano termini tecnici che alternativamente rendano con esattezza il significato degli istituti rispettivi; e la difficoltà diventa molto maggiore in quanto si riferisce alla conoscenza ed alla prova di quelle leggi speciali (1) che integrano, mutano o modificano in qualche parte un diritto codificato. Rispetto ai paesi poi che manchino d'un codice, la conoscenza del diritto è difficile e la prova ne riesce ardua oltre ogni dire, poichè d'un lato anche i giureconsulti del paese corrono il rischio di smarrirsi in una selva di disposizioni non ufficialmente coordinate e raccolte, e dall'altro l'assenza della prova ufficiale risultante dal codice ed il numero maggiore di leggi in parte contrarie e di consuetudini fanno della prova d'una regola di diritto un compito dei più complicati.

In una tale condizione di diritto la sua conoscenza e la sua prova riescono tanto difficili anche nei rapporti interni nei quali abbondano i mezzi della ricerca, da dar modo di calcolare quante difficoltà vi si oppongano nel diritto internazionale. Il Nelson, giudice di distretto a Madras, ne dà un esempio criticando l'applicazione fatta dagli inglesi del diritto indiano in condizioni poco più favorevoli di quelle nelle quali normalmente si applica il diritto straniero. (2) Egli rimprovera alla corte suprema, sostenendo una polemica con uno dei suoi giudici, di ritenere erroneamente che certi trattati speculativi come il Mitakshara abbiano forza di codici;(3) di giudicare, del pari erroneamente, che lo stato di unione sia normale nella famiglia indù, di lasciare incerta la condizione della proprietà, sicchè spesso chi fa un prestito non sa se non abbia perduto ogni cosa, e chi vuol vendere non sa se possa disporre della cosa che gli appartiene, (4) conclude (5) che tutto il sistema inglese d'amministrazione del diritto indiano è erroneo o, per meglio dire, assurdo, e cita (6) l'opinione di uno scrittore competente (7) il quale riconosce che « même pour le profane il est visible que « sous bien de points il y a abus, que la loi qu'on applique n'est

(1) Laurent, l. c., pag. 490-3.

(2) Nelson I. H. A prospectus of the scientific study of the hindu law. Kegan Paul, Trench and. comp. 1882, e Indian Usage and Judge Made Law in Madras, London, Kegan, 1887, pag. 1-23.

(3) Nelson. Indian Usage, pag. 11. — (4) Pag. 6.

(5) Pag. 9. — (6) Pag. 23.

(7) Barth. *Revue Critique*. 28 Agosto 1882.

« pas toujours celle à laquelle les parties auraient droit, et que dans « cette application la jurisprudence n' est parfois pas conséquente « ni avec la loi ni avec elle même ». Il Nelson cita a tale proposito anche il Munro, (1) ma le due critiche hanno una importanza diversa poichè l'una riguarda la trascuranza deliberata dell'elemento consuetudinario nella codificazione, l'altro la mala applicazione inconscia del diritto d'un paese fatto da giudici che non sanno o non possono sceverare il diritto scritto dalle consuetudini e la sfera d'azione d'una consuetudine da quella dell'altra.

E quando ciò avviene nei rapporti di diritto interno in una parte dell'India, governata da una nazione civile con un consiglio legislativo proprio al quale sono addetti consulenti legali che hanno ogni mezzo d' indagine, quanto più difficile non dovrà apparire nei rapporti internazionali la esatta conoscenza e la prova delle leggi straniere?

772. — Nel nostro tempo si manifesta più che mai tale difficoltà ed il bisogno di porvi un riparo; d'un lato i rapporti internazionali si fanno sempre più frequenti e più intimi anche fra paesi che meno conoscono reciprocamente la lingua e la civiltà rispettive, dall'altro le frequenti trasmigrazioni e la solidarietà economica di tanta parte del mondo rendono sempre più frequenti in ciascun paese la necessità di conoscere e di applicare la legge straniera in quei limiti nei quali i principî di diritto internazionale privato accolti nel territorio riconoscono a quella legge una certa efficacia estraterritoriale. Le regole relative all'applicazione del diritto straniero diventano perciò e nel diritto interno e nel complesso dei rapporti fra gli Stati civili il complemento indispensabile d'un sistema di diritto internazionale privato. Importa dunque esaminare quali provvedimenti esistano già a tale intento nelle singole legislazioni, ed a quali altri tenda la scienza del diritto internazionale e la società degli Stati. Tale complemento delle norme

(1) « The usage of the contry or common law of the Hindoos is very different from the written law, which is in a great measure obsolete among themselves. Before the introduction of a new code, we ought to have employed men qualified to collect all that could be found of usage on Hindoo common law. Many of the rules would have appeared trifling and absurd and even contradictory, but from the whole a sistem might have been formed much better adapted to the genius and condition of the people than our theoretical code »; Sir Thomas Munro ap. Nelson l. c.

di diritto internazionale privato manca del tutto nella nostra legge civile; non è sancito espressamente l'obbligo del giudice italiano di ricercare la legge straniera anche quando questa non sia invocata dalle parti e non è determinato il modo di darne la prova. Rispetto alla prima questione, prevale la massima che, essendo la legge straniera considerata come un qualunque fatto, ne incomba la prova alla parte che vuol invocarla. (1) Non mancano però nella giurisprudenza esempi di una dottrina diversa: così la corte di cassazione di Firenze (2) giudicò che, ogniqualvolta in questioni di stato e di rapporti di famiglia con preciso precetto è fatto obbligo di giudicare secondo la legge della nazione cui le persone appartengono, sia dovere del magistrato di esaminare e d'applicare la legge straniera ancorchè dalle parti non invocata nè prodotta nel testo ufficiale. E parrebbe che tale soluzione dovesse adottarsi in tutti quei casi, anche non connessi collo stato delle persone, rispetto ai quali il titolo preliminare del nostro codice ammette la applicabilità di una legge straniera, poichè con quelle norme di diritto internazionale privato sancite nella legge civile del nostro paese, il legislatore, nei casi concreti che da quelle norme sono contemplati, assimilò al proprio il diritto straniero.

773. — Rispetto al modo di conoscere e di provare quest'ultimo il Mancini (3) afferma che il silenzio del nostro codice non è effetto d'una dimenticanza; bensì della riconosciuta impossibilità di formulare un sistema di prove che corrisponda all'infinita varietà dei casi che possono presentarsi, essendo paesi in cui la legislazione è codificata ed altri in cui vige il diritto consuetudinario; ed, anche trattandosi di leggi scritte, in molti casi la materiale conoscenza del testo di esse non bastando perchè il giudice straniero possa penetrarne lo spirito poichè a ciò è necessaria la conoscenza della intera legislazione che forma un tutto complesso ed armonico. Ma, qualunque sia la causa del silenzio della legge, questo autorizza ad assimilare la prova del diritto straniero alla prova di un fatto rispetto alla quale non sia prescritto in modo particolare, ma tutto sia lasciato all'apprezzamento del giudice.

(1) V. Mancini, Atti Parlamentari, XIII legislatura; Discussioni, vol. III, pag. 2413.

(2) 1 Dicembre 1884, Trafford c. Blanc, *Annali* 1885, pag. 67-71 e corte d'appello di Lucca, 4 Agosto 1885, *Annali* 1885, III, pag. 408-428.

(3) Mancini, l. c.

Così giudicò la corte di cassazione di Torino (1) a proposito d'un ricorso nel quale si sosteneva che una disposizione di diritto inglese non poteva provarsi se non mediante presentazione della legge stessa che si invocava, e che non era di alcun valore un certificato di avvocati e procuratori di Londra che a tal'uopo veniva presentato. (2) Essa respinse il primo motivo di ricorso perchè « nè nelle disposizioni invocate dal ricorrente nè in altra parte qualsiasi della vigente legislazione trovasi indicato il modo con cui, sorgendo la necessità di applicare la legge straniera, questa debba essere provata, nè quindi tanto meno vedesi prescritto che cotesta prova non altrimenti possa darsi salvo che colla produzione della legge stessa ». In quanto poi al secondo argomento del ricorrente, la corte lo respinse sia perchè trattandosi di un documento redatto in paese straniero l' invalidità e validità se ne deve giudicare secondo il diritto straniero, sia perchè il nostro codice, nel regolare le deposizioni dei testimoni, « non esclude che si possano produrre come documenti anche attestazioni in altro modo assunto, e gli annali della giurisprudenza offrono non rari esempi di simili documenti privati che, non impugnati quanto all'estrinseco, come non lo era quello contestato nel caso concreto, furono tenuti in conto per lo meno di autorevoli presunzioni il cui apprezzamento è abbandonato alla coscienza dei giudici del merito ». (3) Il diritto straniero è dunque tenuto di regola in Italia, salvo qualche eccezione nelle materie puramente personali, per un elemento di fatto; come tale la prova ne incombe a chi lo invoca, ed il giudizio sulla sufficienza della prova è lasciato all'arbitrio del giudice; conseguenza questa, in parte del ritenerlo un elemento di fatto, in parte delle difficoltà che si oppongono alla conoscenza delle disposizioni di legge specialmente spettanti a quei paesi che mancano di diritto codificato.

774. — Il diritto inglese sostanzialmente simile al nostro in tale argomento, non è però del tutto destituito, circa il modo di facilitare la prova delle leggi straniere, di disposizioni ispirate al con-

(1) Cassaz. di Firenze, 26 Febbraio 1880, Legge, 1880, pag. 660, e Cassaz. di Torino, 23 Aprile 1884, Giurispr. 1884, pag. 471.

(2) Corte di Cassazione di Torino, 24 Agosto 1876; Sberro c. Debbosche e 6 Febbraio 1886, Risso c. Duncan. *Annali*, 1886, I, 1, pag. 143, 4.

(3) *Annali* 1886, III, pag. 145, vedi anche *Legge*, 1885, I, pag. 117-2 .

cetto della solidarietà internazionale. Secondo una legge del 1861 (1) la Regina può fare delle convenzioni cogli altri Stati perchè ogni corte superiore sedente in qualunque parte dei domini britannici possa consultare una corte che sarà indicata in ogni singola convenzione circa il diritto che, secondo la legislazione del suo Stato, scaturirebbe dai fatti menzionati nella domanda. La corte che avrà ricevuto la risposta, che consiste piuttosto nell'indicare l'applicazione d'una norma di diritto ad un caso concreto che non nella semplice comunicazione della norma di diritto stessa, non è tenuta a seguire il parere in essa contenuto; essa potrà domandare un'altra informazione alla stessa corte straniera mantenendo od emendando la narrazione dei fatti, o potrà consultare un'altra corte superiore del medesimo Stato. La stessa legge dispone poi che le corti britanniche dovranno rispondere alle questioni loro indirizzate da corti estere. Ad ogni modo, anche data l'esistenza di tali convenzioni che riguardano il modo della prova, le legislazioni straniere sono presunte in Inghilterra identiche a quella nazionale salvo in quanto concerne le istituzioni che anche in Inghilterra hanno un ordinamento diverso da quello del diritto comune, come il fallimento. Ogni differenza fra una legislazione straniera e quella inglese deve essere provata da colui che la invoca (2) come un fatto e come tale è al giurì che spetta decidere della prova che se ne darà, dovendo il giudice limitarsi a far conoscere al giurì di qual paese debbasi applicare la legislazione. (3) Ed appunto perchè trattasi di un elemento di fatto allegato e provato in relazione ad un caso concreto, della medesima disposizione di legge straniera dev' essere data la prova davanti allo stesso tribunale ogniqualvolta venga invocata da una parte, nonostante la conoscenza che il tribunale possa averne acquistata per effetto delle prove fattene in occasioni anteriori, (4) tanto più che nell'intervallo quella disposizione potrebbe essere stata modificata nella sua essenza o nella sua interpretazione da una nuova legge o da una nuova giurisprudenza. Per ultimo il carattere suaccennato attribuito alla legge straniera in Inghilterra risulta da ciò che i giudici possono dedurre le proprie conclusioni interpretando a propria posta i testi

(1) St. 24 e 25 Vict. c. 11. ap. Westlake, l. c., § 341

(2) Westlake, l. c., § 344.

(3) L. c., § 335. — (4) § 336.

citati, ma non hanno facoltà di riferirsi a testi stranieri che non siano stati citati. (1)

775. — Rispetto al modo di indagare e di provare il diritto straniero, ogniqualvolta l'Inghilterra non si trovi con un' altro Stato nei rapporti convenzionali previsti dalla legge del 1861 o, pur trovandovisi, il magistrato non creda necessario usare della facoltà che quella legge gli concede, è necessario ricorrere all'attestazione di periti (experts); (2) nè questi debbono essere esclusivamente giudici od avvocati, ma chiunque è *peritus virtute offici* può essere ammesso come testimonio della legislazione straniera. (3) Anche se si tratta d'una legge scritta o d'un codice (ed in ciò il diritto inglese lascia al magistrato molto minor latitudine del nostro) non basta presentarne il testo, nè, quando venga chiamato un perito, è necessario che questo lo presenti, poichè la sua attestazione deve riferirsi non già al testo di una legge, ma al diritto che ne risulta per via di interpretazione scientifica e di giurisprudenza. (4) Quello stesso scambio poi di soccorsi giudiziari che, dalla legge del 1861, sono resi possibili nei rapporti internazionali, è istituito da una legge del 1859, (5) nei rapporti fra i varî territori posti sotto il dominio inglese. Secondo quella legge, ogni tribunale sedente in una parte qualunque dei *dominions* britannici può consultare una corte superiore d'ogni altra parte degli stessi *dominions* intorno al diritto che, secondo la legislazione vigente in quest'ultimo territorio, risulterebbe dai fatti menzionati nella domanda. Le parti possono essere sentite davanti alla corte della quale si ricerca il parere, ed il tribunale che lo ha ricercato deve applicarne i risultamenti (salvo a sottometterlo al giurì se ve n'ha uno e se il parere fu dato prima che la controversia sia stata sottoposta alle sue deliberazioni) come prova, concludente o no secondo che il tribunale giudicherà conveniente, del diritto che esso dichiara. Però, quando la controversia sia portata in grado di appello, nè la Camera dei Lordi nè il consiglio privato saranno tenuti a seguire un tale parere dato da una corte inferiore.

(1) Westlake, § 339, Laurent, vol. II, pag. 478-481.

(2) Böhm, Handbuch des Rechtshülfsverfahren im deutschen Reiche und gegenüber dem Auslande in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten, Erlangen, 1886, Palm und Enke, pag. 163.

(3) Westlake, l. c., § 338. — (4) Westlake, l. c., § 337.

(5) St. 22 e 23 Vict. c. 63 ap. Westlake, § 340.

776. — Quanto al diritto americano il Laurent, citando la presunzione, cui nella mancanza di ogni prova si attiene la magistratura degli Stati Uniti, di identità del diritto straniero col diritto proprio, afferma che tale presunzione non si applica alla legge scritta ma soltanto al diritto consuetudinario e soprattutto in materia mobiliare e commerciale. (1) Tale affermazione non mi pare esatta conoscendo sentenze (2) fondate sulla presunzione di identità d'un diritto straniero notoriamente codificato, col diritto americano; inoltre in molti casi il giudice si attiene a quella presunzione ignorando non solo il contenuto specifico del diritto straniero, ma anche se esista o non esista una legge straniera sull'argomento; ed il ritenere la prova delle regole giuridiche d'un altro paese equivalente alla prova di un fatto e l'escludere l'obbligo del giudice di ricercarle, esclude anche l'obbligo della ricerca se esista sull'argomento una norma scritta o consuetudinaria, e rende perciò impossibile, rispetto alla presunzione d'identità dei due diritti, i limiti supposti dal Laurent.

Quando poi una norma giuridica straniera venga invocata, si richiede per regola generale, se trattasi di una legge scritta, una copia regolarmente autenticata, (3) e se trattasi di una norma consuetudinaria l'attestazione di periti. (4) Però tali regole possono venir modificate dalla legislazione particolare degli Stati, alcuni dei quali, come il Minnesota (5) ammettono come sufficiente la deposizione d'un perito anche per stabilire l'esistenza di una legge scritta straniera.

777. — In Francia il diritto straniero è considerato come un fatto e come tale deve essere provato. (6) Il Foelix però faceva a questa dottrina una riserva molto opportuna, della quale (7) notammo un esempio nella nostra giurisprudenza, dicendo che « i giudici francesi non sono tenuti in virtù dell'articolo 1 del codice civile a conoscere le leggi straniere ad eccezione di quelle che siano state rese obbligatorie in Francia mediante convenzioni diplomatiche o per mezzo di leggi dello Stato »; la quale ultima soluzione

(1) Laurent, op. cit. vol. II, pag. 472. — (2) Vedi pag. 87, 8.

(3) Corte suprema degli Stati Uniti, 8 Gennaio 1883, Pierce c. Indseth, Alb. Law. *Journal* vol. 27, pag. 373.

(4) Laurent, op. cit. vol. 4, pag. 489.

(5) Alb. Law *Journal*, l. c. — (6) Laurent, vol. II, pag. 483-5.

(7) Foelix, *Dr. Int. Privé*, vol. I, pag. 34, IV ediz.

dovrebbe, come dissi, essere sempre applicata dovunque esistano nelle leggi civili disposizioni simili a quelle del nostro titolo preliminare. Ma siccome di tali disposizioni la legge francese non contiene, così i dati di legislazione straniera vi devono essere provati dalle parti, le questioni che vi si riferiscono non potendo essere per i giudici francesi se non che elementi di fatto rispetto ai quali nè ad essi incombe un obbligo speciale di ricerca quando quelle non li invochino, nè è loro prescritto un modo diverso da quello relativo ai fatti per quanto si riferisce al modo della prova. (1)

Sotto questo rapporto sono identici fino ad ora il diritto olandese (2) e quello del Belgio. Inoltre in quest'ultimo paese fin dal principio del secolo fu condannato il sistema delle *reversali*, cioè delle attestazioni da parte dei tribunali della legge e della consuetudine che si segue nel territorio in una determinata questione di diritto; (3) e lo stesso ministro belga della giustizia ha soltanto facoltà di attestare che una disposizione indicata nel modo più preciso nella domanda che gli è rivolta, fa parte del diritto vigente nel Belgio. (4)

778. — Analoghe sono le attribuzioni del tribunale superiore d'Amburgo dei ministri della giustizia bavarese, (5) austriaco ed ungherese, quanto al modo di facilitare la prova del diritto rispettivo all'estero. Quando taluno, per la protezione del proprio diritto all'estero, ha bisogno d'invocare le disposizioni del diritto austriaco od ungarico, può ottenere un attestato autentico della norma di quel diritto dal ministro della giustizia della parte della monarchia cui appartiene. Tali attestati devono esporre in modo ben determinato la disposizione di diritto attualmente in vigore riferendone, colle stesse parole del testo, il contenuto essenziale; deve evitarvisi

(1) Trib. civ. della Senna, Hamidà c. Benajad, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 202, 3.

(2) Alta corte, 21 Aprile 1876: « La decisione di una questione di diritto straniero è assimilata alla decisione di un fatto ». Tribunale di Amsterdam 8 Giugno 1879: « In presenza della difficoltà di consultare certe leggi dello Stato di Georgia, viene applicato il diritto comune anglosassone autorizzando le parti a provare in grado di appello che la legge della Georgia se ne allontana » Hingst. Giurispr. delle corti e dei trib. dei Paesi Bassi in materia di diritto int. *Rèvue de Dr. Int.* 1881, pag. 401, 2.

(3) Laurent, l. c., pag. 481. — (4) Böhm, l. c., pag. 162, 3.

(5) Böhm, pag. 164.

però ogni commento ed ogni applicazione ad un caso determinato. (1) Quanto al diritto straniero che debba provarsi in Austria, fin dal 23 Gennaio 1791 vi si riconobbe esplicitamente che il magistrato austriaco non è punto tenuto a conoscerlo. Spetta dunque alla parte che lo invoca, dimostrare in quanto esso differisca dal diritto austriaco. La giurisprudenza però varia, circa il modo di dare tale prova, fra due soluzioni. Siccome l'articolo 112 della legge giudiziaria dispone che gli atti passati all'estero non producono la piena fede dovuta agli atti autentici se non furono compiuti nelle forme prescritte dalla legge locale e ricevuti da persone atte a conferire loro l'autenticità, si riteneva da alcuni magistrati che dovesse essere ritenuto insufficiente ogni atto di prova del diritto straniero non sufficiente come certificato secondo le leggi del paese da cui proveniva. Altri invece ritenevano che la legge straniera non dovesse così pienamente assimilarsi ad un fatto da ritenerla non provata quando non sia formalmente perfetto l'atto destinato ad attestarla, e che l'autorità giudiziaria possa sempre ammettere l'esistenza d'una disposizione di legge straniera generalmente conosciuta, quantunque la parte interessata non ne faccia la prova. Tale soluzione fu adottata dalla corte suprema di Vienna. (2)

779. — Il diritto germanico, quantunque non imponga al magistrato come un obbligo l'applicazione del diritto straniero, pur si allontana dalla maggior parte delle altre legislazioni nel distinguerlo chiaramente da una questione di fatto, e così nel non imporne la prova volta per volta secondo l'esempio del diritto inglese, come nel non lasciare interamente alle parti la cura di provarlo. Secondo l'articolo 265 della legge imperiale di procedura del 30 gennaio 1877: « Le leggi, le consuetudini e gli statuti vigenti in un altro Stato abbisognano di prova solo in quanto sono ignoti al tribunale; per accertare tali norme di diritto il tribunale non deve limitarsi alle prove addotte dalle parti; esso può ricorrere anche ad altre fonti d'informazione ed ordinare i provvedimenti necessari per poterne usare ». I mezzi d'accertamento a tal'uopo ammissibili non vengono limitati dalla legge: il giudice può ricorrere a fonti letterarie, alla giurisprudenza, all'amministra-

(1) Böhm, l. c., pag. 163.
(2) 25 Febbraio 1880, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 467, 8.

zione superiore della giustizia, ed ai consoli dell'impero. A veruno di tali mezzi di prova però è obbligato a ricorrere quel magistrato tedesco che sia persuaso di conoscere rispetto al caso concreto la disposizione del diritto straniero. Il diritto germanico dunque va d'accordo cogli altri nel ritenere che il giudice non sia obbligato a conoscere il diritto straniero; ammette però come il nostro ch'esso possa ricorrere ad ogni mezzo d'informazione per accertarlo; e d'un lato mediante l'attitudine dei magistrati tedeschi a rilasciare certificati attestanti le norme del diritto proprio, dall'altro mediante il ricorso ai consoli dell'impero per indagare quelle del diritto straniero, rende attivamente e passivamente più facili nel diritto internazionale queste fonti d'informazione. (1)

Nel diritto russo, invece del ricorso ai consoli, (2) quando l'applicazione del diritto straniero presenta qualche difficoltà, il tribunale può rivolgersi al ministero degli esteri perchè si metta in comunicazione col governo del paese della cui legge si tratta, per ottenerne un attestato della disposizione di legge in questione.

Nella repubblica argentina l'applicazione della legge straniera non può aver luogo se non in seguito a richiesta della parte interessata cui incombe la prova della disposizione di legge straniera, salvo il caso in cui si tratti di leggi la cui applicazione sia obbligatoria nella repubblica in virtù d'un trattato o d'un testo speciale del diritto interno del paese. (3)

780. — Nello stato attuale dei rapporti internazionali, tutto quanto riguarda la prova del diritto straniero porta, chi ben lo esamini, l'impronta di quella condizione transitoria e sovente anche contraddittoria in cui trovasi nel suo complesso il diritto internazionale. Poichè è interesse d'ogni Stato che, nei limiti in cui il diritto straniero può venir fatto valere in un territorio, ne sia più facile la conoscenza e più sicura la prova, i governi anzitutto dovrebbero prestarsi alla comunicazione reciproca della propria opera legislativa e cooperare alla conoscenza della legge dell'uno nel territorio dell'altro, sia facilitandone la traduzione nella lingua di questo sia provvedendo alla sua traduzione in una lingua quasi universalmente conosciuta. (4) Le norme di diritto

(1) Laurent, l. c., pag. 471, 2. Böhm, l. c., pag. 160-3.

(2) Cod. Proc. Civ., art. 709. — (3) Daireaux, l. c., pag. 553.

(4) Fiore, Effetti int. delle sentenze e degli atti. Parte I 1875, pag. 88, 9, 90.

internazionale privato sancite nella legge civile o stipulate mediante una convenzione, dovrebbero equivalere nel territorio dello Stato che le ha adottate alla sanzione ed alla promulgazione della legge straniera come legge dello Stato; la comunicazione reciproca delle leggi dovrebbe equivalere alla sua pubblicazione. Imitando l'esempio citato dallo Story, (1) dello scambio ufficiale avvenuto fra la Francia e gli Stati Uniti della Raccolta delle leggi, s'imprimerebbe, secondo quel giureconsulto, alle leggi comunicate il carattere della autenticità, dispensando pertanto rispetto a quelle da ogni altra prova. Tale, quanto al diritto scritto, è il sistema consigliato nel suo progetto di codice dal Field. (2) Quanto al diritto consuetudinario, il miglior sistema di provarlo sarebbe quello di un attestato della magistratura e preferibilmente delle corti supreme. (3) Ma mentre importerebbe a tutti gli Stati, che ciò avvenisse perchè darebbe loro modo di applicare con certezza il diritto altrui e di veder con certezza applicato il diritto proprio in un altro Stato in quei limiti maggiori o minori nei quali l'efficacia dell'uno e dell'altro è rispettivamente ammessa nei due territori, a tale bisogno non corrisponde la realtà dei rapporti internazionali. Nè colla comunicazione ufficiale e colla traduzione di tutto il corpo delle proprie leggi i vari Stati cooperano a far ciò che la essenza del diritto di tutti sia portata a conoscenza di ciascheduno; nè, come abbiamo veduto, è generale od uniforme, la competenza della magistratura ad attestare il significato e l'interpretazione prevalente del diritto vigente nel suo paese.

781. — Per effetto d'uno di quegli squilibri che sono così frequenti nello sviluppo dei fenomeni sociali, l'ammissione dell'efficacia estraterritoriale del diritto è andata estendendosi senza che contemporaneamente si sviluppassero gli organi e gli istituti atti a rendere praticamente concreta quella efficacia. Un effetto dello stesso stadio di transizione del diritto internazionale privato si verifica anche in quanto riguarda l'attribuzione dell'onere della prova, e l'apprezzamento d'autorità del diritto straniero. Data in un determinato paese l'adozione d'una serie di regole di diritto internazionale privato, il diritto straniero del quale mercè quelle norme si riconosce l'ammissibilità nel territorio, dovrebbe ritenersi,

(1) Conflict of Laws, pag. 794, n. VII edit.
(2) Field, l. c., pag. 510, 1, art. 659. — (3) Fiore, l. c., pag. 91.

nei limiti consentiti da quelle, come legge nazionale. La sua prova perciò non dovrebbe essere lasciata alla sola opera dei difensori, nè dovrebbe assimilarsene l'accertamento ad una questione di fatto; (1) parrebbe anzi una conseguenza dei principi di diritto internazionale privato che quando le parti non presentano il testo delle leggi straniere, il giudice dovesse indagarlo d'ufficio. (2) Invece in parte perchè in molti Stati l'ammissione dell'efficacia internazionale del diritto straniero rappresenta ancora un'eccezione ben rara, in parte perchè nella massima parte degli Stati l'applicazione del diritto straniero in maggiori o minori proporzioni vien fatta in virtù d'una regola risultante dalla giurisprudenza e non già per effetto d'una norma imperativa sancita dal legislatore; in parte perchè anche dove tali norme imperative esistono, nè il legislatore nè la magistratura si sono resi pieno conto ancora di tutte le conseguenze che ne derivano; in parte infine perchè, prima d'aver coordinato collettivamente i mezzi di prova del diritto rispettivo ed assicurata l'esistenza d'istituti atti ad attestarne il tenore, sarebbe un compito impossibile ad adempiersi quello del giudice obbligato a ricercare il diritto straniero, prevale il principio che questo, quando pur se ne ammette l'applicazione secondo i principi di diritto internazionale privato ammessi in un determinato paese, debba praticamente applicarsi soltanto in seguito a domanda delle parti e quando sia provato da queste. (3)

782. — La stessa incertezza, prodotta da analoghe cause e specialmente dalla mancanza di codificazione, pur nei singoli paesi, dei principi di diritto internazionale privato che vi si vogliono ammettere, si può notare, come accennai, circa l'autorità che debba riconoscersi alle leggi straniere e la loro attitudine a fornir argomento d'un ricorso in cassazione. In Italia, dove una serie di norme di diritto internazionale privato venne codificata, prevale la massima che sia deducibile in cassazione la violazione di una legge straniera quando una disposizione espressa delle leggi del

(1) Pierantoni, Della prova delle leggi straniere nei giudizî civili. Filangieri, 1883, pag. 443, 6, 7, 9.

(2) Laurent, l. c., pag. 470, 1.

(3) Trattato approvato dal congresso dei giureconsulti di Lima del 9 Nov. 1878, art. 54, 5 e Memoria di Antonio Arenas, cap. X, ap. Documenti diplomatici italiani (Mancini) sui negoziati per l'adozione di norme convenz. di d. int. privato, Roma 1885, pag. 222, 9, 230.

regno ne prescriva l'applicazione. (1) Quanto a conseguenze giuridiche, debbono poi ritenersi equipollenti la non applicazione e l'erronea applicazione della legge; « commette infatti errore di diritto e viola egualmente la disposizione del legislatore italiano che in dati casi prescrive doversi eseguire la legge straniera, sia quel giudice che in alcuno di tali casi non applica la legge straniera, sia quell'altro magistrato, che, pur mostrando di volerla eseguire, ne fa un'erronea applicazione. E la dottrina ormai è concorde nel ritenere che la sentenza in ultima istanza dei magistrati nazionali, la quale in qualsiasi modo violi o falsamente applichi una legge di Stato estero la quale, a norma del diritto patrio, doveva applicarsi a un determinato fatto, può e deve essere riparata col rimedio del ricorso per cassazione ». (2)

Fra gli altri paesi d'Europa, la Germania, a quanto par risultare da due decisioni del Tribunale dell'Impero, ammette il ricorso in cassazione per trascurata applicazione della legge straniera che, secondo i principî di diritto internazionale privato ammessi in Germania, doveva applicarsi ad un caso particolare, (3) ma non per falsa interpretazione del diritto straniero che si sia voluto applicare. (4) I motivi del codice di procedura civile non esprimono poi chiaramente se l'obbligo di applicare il diritto straniero incomba ai giudici tedeschi soltanto quando una legge tedesca esplicitamente lo imponga, o quando esso risulti dai principî generalmente ammessi di diritto internazionale privato.

783. — La Corte di Cassazione francese decise parecchie volte che la violazione d'una legge straniera non dà luogo a ricorso per cassazione; (5) perchè tale ricorso fosse ammissibile infatti sarebbe necessario (6) o che un trattato lo imponesse o che una legge fran-

(1) C. di Cassaz. di Torino, 20 aprile 1871. Monitore 1871, 434 e C. di Cassaz. di Firenze, 25 Aprile 1881. Annali 1883 I, 1, pag. 306-310.

(2) Mattirolo, Tratt. di d. giudiz. civ. it., III ediz., Torino, Bocca, 1887, pag. 707, 8.

(3) Trib. dell'Impero, 21 febbr. 1884, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 330, 1.

(4) Trib. dell'Imp., 26 Sett. 1883, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 606, 7.

(5) Cassat. Imperial land C.ie c. Armancourt, 27 apr. 1885, Journal 1885, p. 292, 3.

(6) Laurent, l. c., pag. 499.

cese obbligasse i tribunali a giudicare secondo la legge straniera, e ciò in Francia non avviene se non per lo statuto delle forme. (1) Nel Belgio sono applicati gli stessi principi che in Francia; (2) nel caso di due coniugi inglesi residenti in Belgio che aveano agito davanti ai tribunali belgi per divorzio e lo avevano ottenuto sulla domanda della moglie per un motivo insufficiente secondo il diritto inglese; essendosi ricorso in cassazione per violazione del diritto inglese in una materia nella quale la giurisprudenza belga fa prevalere lo statuto personale dei coniugi, la Corte di cassazione lo respinse riaffermando la giurisprudenza secondo la quale l'interpretazione di una legge straniera è considerata in Belgio non meno che in Francia una constatazione di fatto, che compete sovranamente ai giudici del litigio. (3) A questo giudizio si uniforma l'alta corte neerlandese giudicando (4) che la decisione d'una questione di diritto straniero è assimilata alla decisione in fatto in quanto concerne la cassazione.

784. — Il Laurent (5) critica giustamente tale giurisprudenza dicendo che, se essa dovesse prevalere, non esisterebbe più il diritto civile internazionale; parmi però che, piuttosto di esser degna di critica la magistratura perchè non assimila nei riguardi della cassazione la legge straniera alla propria, siano censurabili i governi che non sottraggono l'applicabilità della legge straniera al dominio della giurisprudenza, codificando i principî di diritto internazionale privato in questa prevalenti in altrettanti articoli di legge. Quando così si facesse la violazione della legge straniera, in quanto questa fosse riconosciuta applicabile dai principî di diritto internazionale privato codificati in un paese, vi si imporrebbe a poco a poco alla magistratura come un motivo di cassazione. Finchè i singoli legislatori non imitino sotto tale rispetto il nostro, non si può pretendere una tale soluzione dalla magistratura. Anzi le soluzioni che questa dà nei varî paesi e che pajono diverse da quella della magistratura nostra, sono invece sostanzialmente identiche a questa e devono giudicarsi come applicazioni di uno stesso principio:

(1) Art. 47, 170, 999, C. c. fr.

(2) Laurent, l. c., pag. 516, 7.

(3) Labbé, Du conflit entre la loi nat. du juge saisi et une loi étrangère. *Journal*, 1885, pag. 15.

(4) 21 Apr. 1876, Hingst, l. c., pag. 401, 2.

(5) L. c., pag. 505.

per quello stesso motivo cioè per cui nel nostro paese dove alcuni articoli del codice impongono in certi limiti l'applicazione della legge straniera, la non applicazione o la mala applicazione di questa nei limiti contemplati da quegli articoli è un motivo di cassazione, negli altri paesi dove l'applicazione del diritto straniero è un risultato della giurisprudenza, ma non d'una disposizione imperativa della legge, quando in un grado della giurisdizione vi si venga meno, non ne può risultare per il grado supremo di giurisdizione un motivo di cassazione.

Lo stato attuale del diritto internazionale privato presenta dunque, in quanto riguarda l'applicazione del diritto straniero, notevoli imperfezioni con grave scapito della pratica efficacia di quelle regole stesse che vengono ammesse nei vari paesi collo scopo di dirimere i conflitti. È imperfetto l'attuale sistema circa il modo della prova perchè, anche quando si lasci ogni mezzo d'indagine all'arbitrio del giudice, le sue ricerche vengono facilmente frustrate dalla difficoltà di conoscere la regola di diritto straniero, o dalla difficoltà d'interpretarne rettamente il significato tecnico (1) quando pur sia conosciuta; nè un tal fine può essere con certezza raggiunto se non quando, ogni qualvolta in un paese debba provarsi una disposizione di diritto straniero, sia preordinata per giungere a provarla, la cooperazione delle autorità cui interessa conoscere quella norma e delle autorità del paese dove quella norma è in vigore.

È imperfetto inoltre lo stato del diritto internazionale privato perchè nella maggior parte degli Stati, mentre la giurisprudenza e non la legge, ammette in certi casi l'efficacia estraterritoriale del diritto straniero, tale ammissione vien praticamente diminuita e troppo spesso annullata negandosi che la violazione del diritto straniero, che pur è considerato in quei limiti prevalente in confronto del diritto territoriale, possa invocarsi come un motivo di cassazione. Ma tale imperfezione risulta come una necessaria conseguenza dalla mancanza di norme convenzionali o legislative che, sia pure in proporzioni diverse nei vari Stati, renda obbligatoria per i magistrati l'applicazione del diritto straniero.

785. — La necessità di modificare tale condizione di cose fu riconosciuta da varî anni così dalla scienza come dai governi più

(1) V. Pierantoni, l. c., pag. 445.

progrediti, (1) quantunque siasi badato piuttosto a facilitare e ad accertare la conoscenza del diritto straniero, che non ai mezzi di assicurarne con un patto internazionale l'autorità. L'esempio dato da tanti anni nei rapporti fra gli Stati Uniti e la Francia, (2) ed il cui obbiettivo il Norsa nel 1877 (3) vagheggiava più pienamente raggiunto con una serie di riviste di giurisprudenza comparata, venne preso in considerazione rispetto alla legislazione fino dal 1877 da una parte dei governi europei. In quell'anno si riuniva a Bruxelles una conferenza preparatoria collo scopo di studiare i mezzi per lo scambio dei documenti ufficiali, e venne seguita dal 21 al 26 agosto del 1880 da un'altra convocazione dalla quale uscì un progetto di convenzione riesaminato più tardi dalla conferenza raccolta al palazzo delle Accademie di Bruxelles il 10 aprile 1883. (4) Nella seconda conferenza erano rappresentati nove Stati, nella terza l'Austria-Ungheria, il Brasile, la Spagna, gli Stati Uniti, la Francia, l'Italia, il Portogallo, la Rumania, la Serbia, la Svizzera ed il Belgio, e quantunque non rappresentate, vi aderirono la Russia, la Svezia, la Norvegia, la Grecia e l'Uruguay. Quella conferenza proponeva lo scambio dei giornali ufficiali e degli annali e dei documenti parlamentari.

Ma sarebbe inutile ritornare su ciò che abbiamo detto testè per dimostrare come tali comunicazioni fatte da governo a governo, senza provvedimenti relativi ad una traduzione ufficiale, sarebbero di ben scarso sussidio alla prova del diritto straniero, e come di nulla ne aumenterebbero l'autorità ogniqualvolta ad uno degli elementi di questa, che è l'autenticità derivante dalla comunicazione ufficiale, non corrisponda nel paese dove questa vien fatta un testo preciso di legge od una stipulazione internazionale che imponga l'applicazione del diritto straniero.

786. — Più tardi tale questione formò nell'Istituto di diritto internazionale argomento d'un tema di studio del quale è di sommo interesse accennare la discussione e i risultamenti, per potere, conosciuto l'indirizzo della più autorevole società scientifica su tale

(1) Annuaire de l'Institut de Dr. Int., 1886, pag. 238-244.

(2) Laurent. Vol. II, pag. 495.

(3) Norsa, Revue de la Jurispr. Italienne, Rev. de dr. int. 1877, pag. 78 e segg.

(4) Mémorial Diplomatique, 28 apr. 1883.

argomento, ed apprezzatane con sufficienza di dati la tendenza attuale, esporre con qualche fondamento su tale problema qualche critica e qualche proposta. Il concetto già espresso dal Fiore (1) dallo Story e dal Laurent (2) colla proposta dello scambio dei codici fra i vari governi, venne raccolto e sviluppato dal Norsa nel senso di coordinare questo scambio nel modo migliore per rendere il più diffusamente conosciuta che sia possibile la conoscenza delle leggi scambiate.

Egli si proponeva di promuovere per il raggiungimento di tale scopo comune un'associazione di tutti gli Stati civili in modo da rendere le loro leggi facilmente conoscibili ed interpretabili, non solo ai rispettivi magistrati, ma anche a qualunque privato che per intenti pratici o scientifici avesse voluto ricorrervi. Ed a raggiungere tale intento egli preferiva associare i governi invece d'aiutare e sviluppare viemeglio l'attività di una associazione privata come quella francese di legislazione comparata, perchè all'opera di quest'ultima manca il carattere della autenticità che spetterebbe alle raccolte ufficialmente compiute e pubblicate dai governi; perchè l'istituzione ch'egli vagheggierebbe venisse formata da questi dovrebbe implicare l'obbligo di rispondere alle richieste dei privati, mentre un tale obbligo non incombe in verun modo a quella società; e quando pur la società volesse dar risposta, questa non potrebbe far prova in giudizio dell'esistenza e del contenuto d'una legge straniera; e perchè infine le raccolte che dovrebbero farsi per opera dei governi dovrebbero essere disposte per ordine di materie e contenere le leggi integralmente inguisachè fosse altrettanto facile l'indagine dell'esistenza di una legge ed il suo esame completo. (3) Con tali intenti il Norsa comunicava una lettera nel 1883 al segretario dell'Istituto di diritto internazionale durante la sessione di Monaco, esprimendo l'opinione « che un accordo fra i governi potrebbe facilitare la conoscenza delle leggi straniere tanto ai governi stessi quanto ai cittadini di ciascuna nazione » e proponeva di mettere allo studio il tema: « Quali sarebbero i mezzi atti a realizzare tale *desi-*

(1) L. c., pag. 88-90.

(2) L. c., pag. 496, 7.

(3) Rapporto del Norsa sulla conoscenza delle leggi straniere all'Istituto di dir. int. Annuaire de l'Institut. de dr. intern. 1886, pag. 260-2.

deratum della conoscenza delle leggi coll'obbiettivo dei rapporti internazionali? ».

787. — L'Istituto, prima di chiudere le adunanze, nominava a tal'uopo una commissione (1) che, incaricata di riferire sull'argomento nella sessione seguente, presentò all'Istituto un rapporto ed una serie di proposte del Norsa nel settembre 1885 alla sessione di Bruxelles. Il Norsa insistette nel rilevare la necessità di far cooperare i governi al raggiungimento del fine ch'egli si proponeva e di indurli a formare a tal'uopo un istituto permanente, trattandosi di raccogliere le leggi, di tener conto delle loro variazioni, di coordinarle, e di creare un centro d'informazioni sottratto ad ogni dubbio quanto all'autenticità, e ad ogni eventualità d'estinzione o d'interruzione quanto alla durata. (2) A quella guisa infatti che il primo di questi due fini rende necessaria la cooperazione dei governi, il secondo rende necessario il coordinamento di tale cooperazione in un istituto permanente che serva con certezza alle ricerche dei governi e nel tempo stesso a quelle dei privati. Egli perciò proponeva che « i governi aderenti ad un simile accordo si costituissero in istato di unione collo scopo di fornire la notificazione e la copia delle leggi e dei regolamenti che sono in vigore e che saranno promulgati nei loro Stati rispettivi ». (3)

La raccolta internazionale delle leggi da farsi per opera dell'Unione non dovrebbe estendersi a tutte le leggi, ma limitarsi a seconda che esse corrispondono a bisogni più frequenti o sono di uso più comune, raccogliendo pertanto in primo luogo quelle relative al diritto privato ed all'esercizio delle azioni giudiziarie, i codici civili e di commercio, le leggi penali, i codici e i regolamenti di procedura civile e penale, le leggi relative al fallimento, alla riunione dei creditori e quelle che riguardano l'organizzazione giudiziaria; prendendo poi in considerazione le leggi ed i regolamenti relativi al diritto amministrativo e pubblico interno in quanto abbiano un interesse generale per lo Stato e per i cittadini delle diverse nazioni; e comparando da ultimo i trattati, le convenzioni, gli accordi internazionali, od almeno le differenti disposizioni che

(1) Ann. de l'Inst. 1885, pag. 283, 5 e Rev. de Dr. Int. 1887, pag. 127, 3.
(2) Ann. 1886, pag. 244, 5.
(3) Progetto di trattato del Norsa. Art. 1, Annuaire L. c., pag. 265.

essi contengono relativamente ai rapporti di diritto civile o d'interesse economico. (1)

Gli atti così raccolti dovrebbero classificarsi in ordine sistematico secondo regole discusse nella conferenza generale dell'unione e osservate poi con precisione da tutti i governi. (2) Tale compito sarebbe affidato ad un comitato internazionale permanente di legislazione composto di delegati scelti ed incaricati dai governi aderenti di ricevere il deposito di tutte le leggi ed i regolamenti in vigore nei vari Stati, di ordinarli, di conservarli e di compiere gli altri uffici che la conferenza di fondazione vorrà loro attribuire. (3) Il comitato internazionale permanente formerebbe un corpo collegiale eleggente dal proprio seno l'ufficio di presidenza, e, non appena costituito, dovrà darsene avviso ai governi aderenti ed al pubblico. (4)

Tutte le leggi ed i regolamenti sarebbero redatti o tradotti in francese; ed a tale scopo quelli che fossero trasmessi dai governi in un'altra lingua, al comitato permanente, dovrebbero per cura di questo venir tradotte in francese. (5) I governi potrebbero fare ispezioni presso il comitato permanente per verificarne il funzionamento, (6) avrebbero facoltà di rivedere e di integrare in una serie indefinita di conferenze successive il trattato di Unione; (7) ed a loro, ed alle loro autorità giudiziarie ed amministrative il comitato permanente sarebbe obbligato di dar comunicazione delle leggi esistenti nella collezione. (8) Anche i privati potrebbero ricorrere allo stesso scopo al comitato permanente mediante l'intermediario delle autorità amministrative del luogo della loro residenza. (9) Tanto le risposte a queste ultime richieste, quanto quelle indirizzate ai governi avrebbero il valore di piena prova legale di fronte a tutti ed anche davanti alle autorità di tutti gli Stati formanti parte dell'Unione. (10) « Senza l'attribuzione di tale forza provante, dice giustamente il Norsa, (11) il vantaggio, che si de-

(1) L. c., pag. 250 e pag. 264, 5, art. 2 del Progetto.
(2) Art. 3 del Progetto.
(3) Art. 5, 6 e 9 del Progetto. Annuaire, 1886, pag. 253-6 e 266, 7.
(4) Art. 7, 8.
(5) Ann. 1886, pag. 254-6 e 267, 8 art. 11 del Progetto.
(6) Art. 15. — (7) Pag. 255, e pag. 268, art. 14.
(8) Art. 16, pag. 269. — (9) Art. 17, pag. 269.
(10) Art. 18, pag. 269. — (11) pag. 257.

sidera conseguire colla istituzione progettata, diventerebbe illusorio, e non si avrebbe alcuna soluzione alle questioni lungamente e vivamente dibattute circa la prova, davanti ai tribunali dello Stato, dell'esistenza o del tenore d'una legge straniera, ogni qualvolta si facesse sentire il bisogno di interpretarla, di applicarla per la difesa dei diritti privati, per la soluzione delle controversie possibili e per i diversi casi d'interesse particolare.

788. — L'Istituto non approvò il progetto presentato e sostenuto dal Norsa, ma incaricò l'Asser di prenderlo per punto di partenza per formulare alcune proposte che vennero adottate dall'assemblea (1) e nelle quali è modificato l'articolo 1 del progetto del Norsa nel senso che i governi, anzichè costituirsi in istato di unione, si impegnano semplicemente a comunicarsi le leggi rispettive; è riprodotto l'articolo 2; e riprodotto sostanzialmente nell'articolo 3 l'articolo 5 dell'altro progetto circa l'esistenza e la missione del comitato permanente; e nel 4 il 11 relativo al rapporto annuo del comitato; omettendo tutto quanto riguarda l'ordine della classificazione; l'organizzazione del comitato, la traduzione delle leggi, i rapporti fra il comitato, i governi ed i privati, ed il carattere di prova dei certificati. (2)

I risultamenti così conseguiti erano tutt'altro che soddisfacenti, trovandosi ridotto tutto il primitivo progetto del Norsa ad una serie di regole imperfette per facilitare la conoscenza del diritto straniero e senza alcun valore per assicurarne la prova. Perciò il Norsa poco prima che l'Istituto si radunasse nella sessione di Heidelberg, scriveva il 2 settembre 1887 al presidente dell'Istituto pregandolo a provocare dall'Assemblea un voto per la scelta fra il suo progetto primitivo e la comunicazione ai governi dei voti formulati nella sessione antecedente, pregando nel tempo stesso l'Istituto a non occuparsi del suo progetto quando non dovesse adottarlo nella sua integrità. (3)

789. — Ma non solo non si parlò più di questo ultimo nella sessione di Heidelberg; anche i voti formulati a Bruxelles, che il Brusa diceva risultato d'una deliberazione presa alla leggera, vennero

(1) Ann. 1886, pag. 271, 2. « Proposte per un accordo int. al fine di istituire un comitato int. permanente per facilitare ai governi ed ai cittadini di ciascun paese la conoscenza delle leggi attualmente in vigore ».

(2) Art. 3, 4, 6-13 e 15-20 del progetto del Norsa.

(3) Ann. dell'Istit. di Dir. Int. 1888, pag. 397, 8.

rimessi in discussione. (1) Il Lyon Caen combattè l'istituzione del comitato permanente, preferendo uffici d'informazione istituiti presso il Ministero della giustizia dei singoli Stati; il Lehr la giudicò una istituzione inutile, potendo bene gli Stati comunicarsi direttamente le leggi rispettive; nè vi fu chi sorgesse a dimostrare che il coordinamento delle leggi per materia, mercè l'opera d'un comitato permanente, ne avrebbe facilitato la ricerca, e la traduzione fatta o sorvegliata per cura dello stesso comitato ne avrebbe resa più facile e più completa la conoscenza. Venne pertanto mantenuto l'articolo 1 dei voti formulati nel 1885; riprodotto con poche e non essenziali modificazioni l'articolo 2, e soppressi il 3 ed il 4 sostituendoli col voto che « in ciascuno Stato questi diversi documenti siano riuniti in un deposito centrale reso accessibile al pubblico ». Così l'argomento posto in discussione per iniziativa del Norsa veniva esaurito dall'Istituto con risultamenti tanto più modesti di quelli che l'iniziatore s'era proposto. La soppressione di quella parte del progetto che si riferiva all'autorità provante degli estratti di leggi comunicate da un governo all'altro, lascia l'incertezza circa la conoscenza legale e la prova del diritto straniero, e la soppressione del comitato senza l'adozione di verun provvedimento relativo alle traduzioni, riduce di molto anche il sussidio alla conoscenza scientifica di quel diritto.

790. — Contemporaneamente al Norsa anche il Pierantoni, che s'era, come accennai, (2) occupato del medesimo argomento, invitava l'Istituto a dedicarvi le proprie ricerche. Nello stato attuale del diritto internazionale egli riteneva che, dovendo provarsi con documenti la legge scritta e con altri mezzi il diritto non scritto, importasse facilitare al sommo grado l'uno e l'altro mezzo di prova, (3) e, rispetto al primo, giudicava opportuno che presso ogni Ministero della Giustizia si raccogliessero, coordinassero, e traducessero coll'ajuto di stranieri versati nello studio del diritto, le leggi degli altri paesi. (4) Ispirato da tali intendimenti egli proponeva, sul finire della sessione del 1883, che l'Istituto di diritto internazionale nominasse « una commissione per studiare i mezzi da pro-

(1) Ann. dell'Istit. di Dir. Int. 1888, pag. 308-311.

(2) Pierantoni, Della prova delle leggi straniere nei giudizi civili; nel Filangieri, 1883, pag. 433-459.

(3) L. c., pag. 447, 458. — (4) L. c., pag. 457, 8.

porsi ai governi, onde assicurare la prova delle leggi straniere applicabili dai tribunali di ciascuno Stato o per studiare la possibilità di redigere un *codice dei codici*; (1) e l'Istituto affidò lo studio della sua proposta alla stessa commissione incaricata d'occuparsi di quella del Norsa.

Tale unione era logica poichè i due temi potevano a primo aspetto parere identici e v'era in ogni modo fra l'uno e l'altro molto analogia. Il fine del Pierantoni essendo infatti quello di conseguire i mezzi per assicurare la prova delle leggi straniere applicate dai tribunali, esso appariva implicito come una parte ed una conseguenza in quello del Norsa che tendeva a riparare in modo generale all'ignoranza delle leggi straniere ed a trovare il modo di ottenere per i governi e per i cittadini di ogni paese una facile conoscenza delle leggi d'altro territorio ogni qualvolta per un qualunque motivo vogliano esserne informati; (2) tanto più che gli articoli 15, 16, e 17 del progetto del Norsa determinavano in qual modo si sarebbero potute ottenere le informazioni desiderate, e di queste l'articolo 18 determinava la forza probante davanti ai tribunali. (3) Pure i due temi, quantunque affidati alla medesima commissione, furono tenuti distinti così nelle proposte degli iniziatori come nelle deliberazioni dell'assemblea.

791. — Il Pierantoni invitava l'Istituto a dichiarare che la prova delle leggi straniere non può considerarsi come una questione di fatto abbandonata all'iniziativa delle parti e che è necessario sostituire a tal'uopo con regole generali ed uniformi i diversi usi attualmente in vigore. Tali regole, a suo avviso, avrebbero dovuto essere le seguenti: « commissioni rogatarie indirizzate d'ufficio o in seguito a domanda d'una delle parti, dal magistrato dal quale deve applicarsi una legge straniera, al Ministero della Giustizia dello Stato del quale si voglia conoscere la legge od un punto di diritto; impegno degli Stati civili di nominare presso i Ministeri di Giustizia e degli Esteri un comitato di legislazione composto di magistrati e di professori di diritto incaricati di rispondere a tali richieste, astenendosi da ogni consiglio

(1) Annuaire de l'Institut 1885, pag. 283, 5, e *Revue de Dr. Int.* 1887, pag. 181.

(2) Norsa, Rapporto, Annuaire, 1886, pag. 237.

(3) L. c., pag. 268, 9.

su questioni di fatto e limitandosi ad attestare l'esistenza ed il tenore delle leggi ». (1) La discussione di tale proposta venne rimandata dall'Istituto alla sessione susseguente, durante la quale venne ripresentata preceduta dalle osservazioni dell'Asser che formava parte della commissione ma non aveva potuto intervenire alla conferenza. (2)

L'Asser, pur approvando in genere la proposta del Pierantoni, criticava come troppo generica l'autorizzazione data al comitato di legislazione di rispondere su *certi punti di diritto*, temendo che tale clausola possa interpretarsi nel senso di autorizzare il comitato ad esprimere la propria opinione sulle « questioni di diritto o sulle controversie » cui possono dar occasione le leggi di un altro Stato; il che gli parrebbe eccessivo, dovendosi limitare la competenza del comitato a dare informazioni ufficiali sul *testo della legge*. Nè di ciò contento, egli trovava troppo vaga anche l'espressione usata dal Pierantoni: « attestare l'esistenza ed il tenore delle leggi, », come quella che implica la soluzione di questioni di diritto; per esempio, come quando è dubbio se una legge sia o non sia stata abrogata da una legge posteriore. Di tale questione il comitato non dovrebbe occuparsi se non quando l'abrogazione di una legge con un'altra fosse formale risultando esplicitamente dal testo di quest'ultima, al quale devono limitarsi in ogni caso le informazioni del comitato. Ridotta così al minimo nella sua essenza la proposta del Pierantoni, ne risultava necessariamente per l'Asser un'ulteriore modificazione rispetto alla sua modalità: trattandosi infatti di comunicare puramente e semplicemente un testo di legge, la istituzione di comitati speciali di giureconsulti riuscirebbe del tutto inutile, bastando affidare quel compito ad un impiegato del ministero della Giustizia. Ma, nè nella forma originale nè nelle proporzioni così ridotte dall'Asser, la proposta del Pierantoni formò oggetto ancora delle deliberazioni dell'Istituto; la commissione che aveva trattato di quella del Norsa venne incaricata di studiarla per riferirne nella sessione seguente, affidando al Pierantoni l'incarico di relatore. (3)

792. — Le modificazioni arrecate dall'Istituto alle proposte del Norsa e consigliate dall'Asser a quelle del Pierantoni, dimi-

(1) Annuaire 1886, pag. 234, 5.
(2) Annuaire, 1888, pag. 312-4. — (3) Annuaire, 1888, pag. 377.

nuiscono di molto il progresso ch'esse accennavano a promuovere quanto alla prova delle leggi straniere. L'attestazione del tenore d'una legge data dalle parti o dalle autorità di un paese alle autorità di un altro, corre sempre il pericolo di poca precisione. È vero che non può attribuirsi grande importanza all'esistenza di un comitato centrale che dirami tali informazioni, piuttostochè di un comitato speciale per ogni paese; e quella istituzione sarebbe praticamente difficile, poichè gli Stati ripugnano dal creare nuovi organismi internazionali quando l'esistenza non se ne mostri assolutamente necessaria, ed in ogni singolo Stato si manifesta ormai una salutare reazione contro la facile istituzione di nuove magistrature ed il prodigo aumento di personale negli uffici dello Stato; reazione che riesce certamente d'ostacolo anche alla creazione di uffici in favore dei quali si possa pur invocare un qualche serio argomento di utilità.

Ma, comunque si ottenga tale attestazione dell'esistenza e del tenore della legge straniera, è necessario ch'essa, pur non contenendo verun apprezzamento nè veruna applicazione ad un caso particolare, sia completamente chiara e precisa.

Ora quelle proposte, così come furono ridotte, affermano bensì il principio della necessaria cooperazione degli Stati nella prova reciproca delle leggi rispettive, ma, mancando un accordo circa la traduzione fatta da persone versate così negli studi giuridici come nella lingua nella quale una data legge venne redatta, riproducono necessariamente quel medesimo pericolo di mancanza di precisione che nello stato attuale dei rapporti internazionali lamentasi nella prova del diritto straniero.

Soltanto con un sistema ben coordinato di traduzioni, il quale, in tanta varietà di linguaggi, non potrebbe conseguirsi se non mediante un accordo generale degli Stati e l'adozione d'una sola lingua molto nota per la traduzione di tutte le leggi, si può facilitare la conoscenza concreta della legge straniera. Se a tali mezzi non si ricorra, anche quando tutte le leggi; come il codice serbo di procedura civile, (1) autorizzassero il ministero della giustizia a rilasciare estratti delle disposizioni di legge vigenti nel territorio, si durerebbe pur sovente difficoltà ad afferrare di quella disposizione il senso etimologico e più ancora il valore tecnico e giuri-

(1) Art. 148, Pavlovitsch, l. c., pag. 153.

dico che costituisce l'elemento più difficile della traduzione. Nè sarebbe logico far cooperare i governi alla comune conoscenza delle leggi rispettive, quando non si dovesse ricorrere a tutti i mezzi perchè tale conoscenza fosse davvero effettiva e concreta.

Quand'anche però le proposte delle quali mi sono venuto occupando venissero adottate dagli Stati, il diritto internazionale avrebbe fatto un notevole progresso quanto alla prova, ma non quanto all'autorità della legge di un paese presso la magistratura di un altro; e a me sembra che le due questioni non possano scindersi come quelle dalla risoluzione delle quali dipende che sia effettiva in un paese l'applicazione del diritto straniero.

Nè per raggiungere un tale scopo sarebbe necessario modificare di troppo lo stato presente del diritto internazionale, o codificare in comune fra gli Stati norme di diritto internazionale privato, o vincolare in qualsiasi guisa rispetto a queste ultime quella iniziativa della quale gli Stati si mostrano tanto gelosi. (1) Non si tratterebbe di modificare le regole di diritto internazionale privato vigenti nei singoli Stati; questi conserverebbero le norme vigenti e la propria libertà di modificarle in quanto riguarda l'*estensione* concessa nel loro territorio all'applicazione del diritto straniero; ma basterebbe che, *nei limiti nei quali si ammette* in ogni singolo Stato l'efficacia estraterritoriale del diritto straniero, si sancisse tale applicazione con una norma legislativa simile a quelle del titolo preliminare del nostro codice. Ogni paese dovrebbe dunque, senza punto modificare le proprie norme di diritto internazionale privato, sottrarne la sanzione alle vicende della giurisprudenza e codificarle in guisa che per effetto di quelle, violando la legge straniera nei casi da esse contemplati per la sua applicazione, la sentenza del magistrato incorresse nello stesso vizio che deriva dalla violazione della legge nazionale. Così diventerebbe veramente effettiva l'applicazione del diritto straniero; accertatane la conoscenza mercè la cooperazione degli Stati quanto alla sua prova, e determinatane con disposizioni legislative l'autorità, le regole di diritto internazionale privato ammesse in ciascun paese ne riceverebbero la maggior certezza nell'applicazione ed il più valido presidio nell'autorità.

(1) Documenti diplomatici [Mancini] sui negoziati per accordi circa il diritto int. privato, pag. 148, 183.

793. — Maggiore uniformità che non in quanto si riferisce all'applicazione del diritto materiale straniero si presenta rispetto all'applicazione da parte dei magistrati d'una norma straniera di procedura. Tale applicazione si manifesta sotto la forma di quel soccorso giudiziario e di quella cooperazione fra le magistrature di due paesi che in parte è una conseguenza del reciproco sentimento di solidarietà (1) per la tutela del diritto, in parte serve a raffermarlo, ma è nel tempo stesso sostanzialmente una forma d'applicazione diretta del diritto straniero: l'applicazione cioè d'una norma di procedura o compimento d'un atto di procedura fatto dal magistrato di un paese per conto di quello d'un altro. (2) In tal caso necessariamente l'ordine dei rapporti fra i due paesi e fra le rispettive autorità viene invertito: mentre, nell'applicazione materiale del diritto straniero, sono le parti od il giudice cui ne spetta l'applicazione che possono aver bisogno, per procurarsene la certezza, di rivolgersi alla cooperazione d'autorità del paese il cui diritto deve applicarsi, nel caso d'applicazione d'una norma di procedura è il giudice del processo che si rivolge al giudice straniero perchè voglia cooperare all'integrazione della procedura che si svolge davanti a lui. Un uso di origine ormai molto antica stabilisce che il giudice al quale quella cooperazione occorre, si rivolga ad un altro giudice con una richiesta che prende il nome di commissione rogatoria.

794. — Lo sviluppo delle commissioni rogatorie (3) avviene nei rapporti internazionali in proporzione diretta dell'aumentare dei rapporti fra i vari Stati e dell'affermarsi in loro del sentimento di solidarietà, ed esse diventano l'organo d'una funzione della vita internazionale piuttosto per effetto di consuetudine che di convenzioni; (4) ed ora è normale nei rapporti fra i vari Stati la domanda che il giudice di un paese indirizza al giudice di un altro per invitarlo a fare od a far fare qualche atto giudiziario di procedura o d'istruzione od a dare qualche informazione nell'interesse della giustizia. (5) I motivi delle commissioni rogatorie possono essere molteplici quanto gli atti di procedura; fra tutti però

(1) Bravo, *Der. Int. Priv. rig. en Esp.*, vol II, pag. 133, 4.
(2) Böhm, Handbuch, vol. I, pag. 1.
(3) Foelix, l. c. pag. 308.
(4) Foelix, pag. 310-2. Gianzana, Lo Straniero, II, pag. 204, 5.
(5) Asser-Rivier, l. c., pag. 172.

il più importante è quello che si riferisce alla citazione poichè mercè l'impiego della commissione rogatoria sovente avviene che la citazione sia effettiva e che non sia una finzione legale destituita d'ogni equità la dichiarazione di contumacia.

Secondo il diritto italiano (1) chi non ha residenza, domicilio dimora nel Regno, è citato mediante « affissione della copia alla « porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria davanti la quale « si propone la domanda, inserzione di un sunto della citazione « nel giornale degli annunzi giudiziari, e consegna di una copia « della citazione stessa al ministero pubblico presso il tribunale ci- « vile nella cui giurisdizione risiede quella autorità; il ministero pub- « blico trasmette la copia dell'atto di citazione al ministro degli af- « fari esteri ». Ora fra tutte queste condizioni è evidente che ha molta importanza così per effetto della lettera della legge per sè medesima, la pubblicazione dell' estratto della citazione; (2) ed è certo che troppo spesso la citazione riuscirebbe puramente illusoria, se, trasmessa al pubblico ministero ed al dicastero degli affari esteri questo non cercasse, quando sia possibile, di farla giungere a destinazione per via di commissione rogatoria. Tali inconvenienti, non ricorrendosi alle commissioni rogatorie, risultano a più forte ragione, dal codice di procedura civile francese (3) che non impone nemmeno la stampa dell'estratto, e secondo il quale « quelli che abitano fuori d'Europa e d'Algeria e quelli che sono stabiliti all'estero devono citarsi davanti all'ufficio del procuratore della repubblica presso il tribunale dove la domanda è portata, il quale visterà l'originale e manderà direttamente la copia al ministero competente od a qualunque altra autorità determinata nelle convenzioni diplomatiche ».

La presentazione della citazione all' ufficio del procuratore della repubblica è essenziale e deve essere fatta sotto pena di nullità. (4) Ma, tanto più non essendo imposta la pubblicazione dell'atto di citazione, quale garanzia avrebbe il convenuto do-

(1) C. di proc. civ. it., art. 141, 142.

(2) C. di Cass. di Torino, 20 gennaio 1880, Monit. dei Trib. 1880, 198. Erba-Odescalchi c. Seuffert.

(3) Art. 69, § 9 modific. da una legge dell'8 marzo 1887. *Journal officiel*, 10 marzo 1882.

(4) C. di Rennes, 24 nov. 1879, Rochoid, Dalidah c. Poirier et Gavet, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1881. pag. 58.

miciliato all'estero se il ministro competente non si incaricasse di far trasmettere la citazione con ogni mezzo disponibile al domicilio od alla residenza del destinatario facendo uso a tal uopo di commissioni rogatorie, o ricorrendovi lo stesso pubblico ministero quando le convenzioni stipulate dallo Stato ve lo autorizzino? (1) La citazione avrebbe spesso minore valore effettivo che non avesse la grida o la lettura compiuta dall'usciere alla frontiera più vicina. Il codice (2) germanico si uniforma esplicitamente a tale concetto: essere scopo precipuo far pervenire la citazione al convenuto lasciando al giudice la scelta fra la richiesta del magistrato straniero e quella del console tedesco residente in quel paese, e soltanto quando ciò non si possa fare, cioè trattisi di persona la cui residenza sia ignota o di un paese mancante di organismo politico, o dove non si trovino nè consoli nè agenti diplomatici tedeschi, o quando l'autorità cui si ricorre rifiuti la cooperazione, la citazione può farsi mediante la pubblicazione; (3) e la stessa preoccupazione della citazione effettiva del convenuto dimorante all'estero apparisce nella giurisprudenza norvegese, (4) mentre è deficiente, come nota il Bulmerincq, (5) non meno nel sistema olandese, che in quello francese.

Oltre alla citazione, ogni altra norma di procedura straniera può venir applicata, ed il modo più opportuno per provocarne l'applicazione è la commissione rogatoria, la quale pertanto può aver per oggetto esami di testimonî, perizie, prestazioni di giuramenti che gli usi internazionali ammettono ciascuno a poter chiedere di prestare davanti ai giudici del paese del proprio domicilio, (6) interventi ed altri atti di procedura, come i tre tentativi di conciliazione prescritti dal codice austriaco (7) prima della separazione, che possono delegarsi, rispetto a coniugi residenti all'estero e che trovinsi nell'impossibilità di trasferirsi in patria, al magistrato straniero. (8)

(1) Weiss l. c., pag. 947; Annuaire de l'Istitut. 1877, e vol. II, pag. 73-6, pag. 44, 5, 6, 50, 1. — (2) § 182. — (3) Art. 186.

(4) Alta Corte 5 aprile 1881, Sande c. Dinant. *Journal de Dr. Int. Pr.* 1886, pag. 241.

(5) Völkerrecht, pag. 231.

(6) Corte di cass. di Roma, 15 Dicembre 1882, Gruni c. Mayer, Rassegna di diritto comm. 1883, pag. 86. — (7) § 104.

(8) C. supr. austr. 18 Nov. 1880, Journal 1886, pag. 475, 6.

795. — Tutto l'istituto delle commissioni rogatorie si svolse nel diritto internazionale sulla base della reciprocità; molto prima infatti che esistessero trattati stipulati collo scopo di regolarne lo scambio e l'adempimento, i tribunali si promettevano reciprocamente la reciprocità di volta in volta quando si rivolgevano a una commissione rogatoria. (1) E tale principio vige anche ai nostri giorni nelle leggi e nelle consuetudini della massima parte degli Stati indipendentemente dalle clausole delle loro convenzioni: così avviene, pur nel silenzio della legge, nell'impero tedesco, (2) e nella Spagna dove, in mancanza di trattati, il giudice deve badare alla più stretta reciprocità dalla quale non è ammesso si possa in veruna maniera prescindere; (3) e tale è pure ormai la pratica seguita davanti ai tribunali della Bosnia-Erzegovina. (4) La legge italiana determina le regole per l'esecuzione delle commissioni rogatorie straniere senza veruna condizione di reciprocità. (5) I varî Stati tendono però sempre più nell'epoca nostra a trasportare questa materia nel campo della reciprocità convenzionale assicurando così non già soltanto in genere il reciproco obbligo dell'adempimento delle commissioni, ma anche di questo determinando in maniera precisa il modo e le condizioni. (6) Fra queste la più importante è quella relativa all'autorità cui competa emettere le commissioni, come quella che determina se esse s'intendano come un rapporto fra le magistrature, o fra i due Stati cui queste appartengono. Rispetto a tale argomento l'uso prevalente non è il rapporto diretto fra i magistrati di diversi Stati.

796. — La commissione deve essere indirizzata per il suo adempimento all'autorità competente e della competenza non può essere buon giudice un magistrato straniero, sicchè potrebbe avvenire facilmente che il magistrato richiesto dovesse alla sua volta

(1) Foelix, l. c., pag. 309. — (2) Böhm, l. c., pag. 15, 6.

(3) Bravo, vol. II, pag. 139.

(4) Pöltzel, Bosnien und Herzegovinien, nel Reuling und Loewenfeld, l. c., pag. 105.

(5) Cod. di proc. civ. art. 945.

(6) V. *Ann. de leg. Comp.*, 1880 pag 908, Convenz. del 14 Febbr. 1879 fra il Brasile e l'Uruguay e del 29 sett. 1879 col Perù per l'esecuz. delle commissioni rogatorie in materia civile o penale; ed *Ann. de lég. étrang.* 1882, pag. 846. Accordi del 5 Nov. e 22 Dic. 1879, fra il Brasile ed il Paraguay e fra il Brasile e la Bolivia; e Strisower, Chronique de faits internat. nella *Rèvue*, 1884, pagina 193 207: Convenz. austro-serba del 6 Maggio 1881.

trasmettere l'istanza richiesta ad un altro giudice dello stesso paese; è necessario che col suo adempimento non vengano pregiudicati i diritti dei terzi; ed inoltre, mettendosi con essa in comunicazione due autorità di paesi diversi, ne apparisce la opportunità di porla sotto l'alto controllo di chi presiede alla magistratura di tutto il paese e di chi dirige di questo tutte le relazioni internazionali. Perciò prevalse il principio che la successione debba essere trasmessa per la via diplomatica: così stabilisce la maggior parte delle convenzioni stipulate a tal' uopo fra gli Stati.

La dichiarazione scambiata fra l' Italia ed il Baden (1) e quella fra l'Italia e la Russia (2) stabiliscono che gli atti giudiziari saranno trasmessi da un paese all'altro per la via diplomatica, (3) e così stabilisce (4) la convenzione consolare fra l' Italia e la Serbia. Era pur prescritta normalmente la via diplomatica nella trasmissione degli atti giudiziali fra l'Austria e l' Italia; (5) ed era implicita nello scambio di note avvenuto il 21 Luglio 1873 fra l' Italia e la Rumania. (6) La convenzione franco-svizzera del 1869 stabilisce (7) che « la transmission des dites commissions rogatoires devra toujours être faite par la voi diplomatique et non autrement » e che (8) « les exploits, citations, notifications, sommations et autre actes de procédure dressés en Suisse et destinés à des personnes domiciliées en France et reciproquement, seront adressés directement par le gouvernement Suisse ou français à son agent diplomatique ou consulaire en France ou en Suisse, placé plus près du procureur chargé de les remettre aux destinataires ». La dizione degli articoli è così precisa da imporre sotto pena d' invalidità per gli atti scambiati fra la Francia e la Svizzera non solo la via diplomatica, ma anche il tramite del governo federale: così nel caso di uno svizzero domiciliato in Francia ch' era stato condannato dal tribunale di Bienne a profitto d'un altro svizzero, il tribunale federale ne accolse in parte il ricorso perchè la citazione era stata inviata direttamente dal presidente del tribunale di

(1) 23 Gennaio 1873.
(2) 21 Giugno 1871, Palma, pag. 1224-6, Martens, vol. II, pag. 493.
(3) V. Norsa, Cronique de faits int. Italie, *Révue* 1882, pag. 439.
(4) Articolo 10.
(5) Dichiarazione del 22 Nov. 1841, Palma, pag. 1217
(6) Articolo 21. — (7) Articolo 20.
(8) Articolo 10.

Bienne al console svizzero di Besanzone dal quale era stata trasmesso ad un commissario di polizia. (1)

797. — L'elemento internazionale delle commissioni rogatorie è d'ordinario preso in tanta considerazione che, anche quando vengano adempiute per reciprocità non convenzionale, prevale il principio d'esigerne la trasmissione per la via diplomatica. Così l'ordinanza reale spagnuola del 17 Novembre 1852 (2) dispone che « à « los exhortos de los jueces extranjeros se darà cumplimiento en « todo a quello que puede y debe ejecutarse en el reino con arreglo « a las leyes cuando vengan por el Ministerio de Estado con las for- « malidades y requisitos de costumbre. Por el mismo Ministerio « se remitiràn los exhortos para las autoritades extranjeras ». Tale via diplomatica è poi determinata rispetto alla Valle d'Andorra ricorrendo al tramite del vicario spagnuolo rappresentante il vescovo di Urgel che partecipa all'alta sovranità di quella Valle. (3)

La stessa regola è seguita, pur nella mancanza di trattati, in Olanda, (4) ed è prevalente nell'impero tedesco, negli Stati che lo compongono (5) ed in Francia. (6) Fin dal 5 Aprile 1841 una circolare ministeriale aveva imposto in quest'ultimo Stato che le commissioni dovessero trasmettersi al guardasigilli aggiungendo « dans aucun cas les magistrats ne correspondront avec les autorités judiciaires à l'étranger pour la trasmission où l'éxécution de ces commissions ». Ma tale norma essendo stata sovente trascurata negli ultimi tempi una circolare del 13 Novembre 1885 richiamò alla sua osservanza i magistrati francesi. (7) L'articolo 945 del codice di procedura civile sancisce in Italia la stessa regola per le commissioni rogatorie.

Siccome poi lo scambio delle commissioni implica una cooperazione alternativa che risulta nel suo complesso d'eguale utilità ai due Stati così è frequente l'uso di adempierle senza esigere dallo Stato richiedente il rimborso delle spese che ne importa l'esecuzione. Così avviene per il trattato franco-svizzero e per

(1) Roguin, *Révue de la Jurispr. Suisse*, Trib. federale, 17 Dic. 1881, *Journal* 1883, pag. 526-530. V. anche pag. 223: Circolare del governo federale ai governi cantonali.

(2) Art. 34, Bravo, vol. II, pag. 135, 6.

(3) Bravo, pag. 142, 3. — (4) L. c., pag. 151, 2.

(5) Böhm, pag. 17-21, e *Journal*, 1887, pag. 691.

(6) Weiss, l. c., pag. 953. — (7) *Journal*, 1887, pag. 691, 2.

quelli dell'Italia col Baden e colla Russia. (1) All'infuori delle stipulazioni convenzionali si presume però l'obbligo della soddisfazione delle spese da parte dello Stato richiedente e ciò risulta dalla giurisprudenza spagnuola, inglese, svizzera ed argentina. (2) Nelle convenzioni è provveduto inoltre alla traduzione, sia affidandola nei casi in cui sia necessaria alle autorità richieste, come avviene secondo la dichiarazione italo-austriaca del 28 Aprile 1875 sia imponendo allo Stato richiedente la trasmissione della rogatoria accompagnata da una introduzione nella lingua del paese cui appartiene il magistrato richiesto od in un'altra lingua nota alle classi colte di entrambi i paesi, come secondo lo scambio di note fra l'Italia e la Rumania del 31 Luglio 1873.

798. — Il Brocher, nel conchiudere il proprio commento del trattato franco-svizzero, faceva voti perchè si arrivasse ad evitare le lentezze inseparabili dalla trasmissione per via diplomatica, eliminandola almeno quando trattasi di territorî limitrofi legati da rapporti facili e frequenti. (3) E, se non si può dire che il suo voto sia stato finora esaudito in quanto riguarda specialmente i rapporti fra la Francia e la Svizzera, pur si nota in generale, specialmente fra Stati limitrofi, una tendenza ad uniformarvisi.

Tale tendenza si manifesta notevolmente nei rapporti fra l'Italia e l'Austria durante l'ultimo mezzo secolo. Mentre la dichiarazione di Genova del 22 Novembre 1841 imponeva per tutte le comunicazioni fra le autorità giudiziarie dei due paesi la via diplomatica, la dichiarazione del 21 Giugno 1867 ammetteva fra le autorità giudiziarie subordinate ai tribunali d'appello di Innsbruck, di Trieste e di Zara, e le autorità giudiziarie sottoposte alle corti d'appello di Venezia, Brescia e Milano, lo scambio diretto delle commissioni rogatorie in materia civile, ad eccezione di quelle relative all'audizione dei testimonî; e finalmente la dichiarazione del 22 Luglio 1872 (4) autorizzò la corrispondenza diretta fra le autorità giudiziarie superiori di tutta l'Italia ed i tribunali superiori dei regni e provincie della monarchia austro-ungarica rappresentati al Reichstag, conservando la corrispondenza diretta fra i tribunali subordinati alle corti d'appello delle regioni confinanti, (5)

(1) Art. 3. — (2) Bravo. pag. 146, 152, 169.
(3) Brocher, Commentaire, pag, 122. — (4) Art. 1.
(5) Palma, pag. 1219-1221.

e conservando pure le antiche norme della corrispondenza diplomatica nei rapporti coi paesi dipendenti dalla corona di Santo Stefano. Così secondo una convenzione fra l' Italia e la Repubblica di San Marino è ammessa la corrispondenza diretta fra le autorità giudiziarie rispettive.

Secondo le note scambiate il 1 ed il 28 Giugno 1866 fra il ministro degli esteri italiano ed il ministro di Francia a Firenze, si convenne che le notificazioni di atti giudiziari destinati ad individui domiciliati in Italia od in Francia sarebbero fatte, anzichè per la via diplomatica, direttamente col mezzo dei consoli dei due paesi; e, secondo la dichiarazione del 14 Marzo 1884 fra la Francia ed il Lussemburgo, le citazioni, notificazioni e gli altri atti giudiziari redatti in uno dei due paesi saranno indirizzati direttamente ai destinatari. (1) Nei rapporti invece fra l'Italia e la Svizzera, non solo per questi atti unilaterali delle autorità giudiziarie d'un paese nel territorio d'un altro, ma, come nei rapporti fra l'Italia e l'Austria, l'intero scambio delle commissioni rogatorie è affidato alla corrispondenza diretta delle autorità rispettive. (2) Così è, colla riserva delle particolari disposizioni contrarie di altri trattati, della convenzione del 10 Dicembre 1878 fra la Germania e la Svizzera, (3) e dell'accordo del 4 Febbraio 1879 fra la Prussia e la Russia per quanto riguarda i rapporti fra le autorità giudiziarie delle provincie prussiane di confine e quelle del circolo di Varsavia, (4) e fra la Baviera e l'Austria Ungheria. (5) Fra la Spagna ed il Portogallo esisteva fino agli ultimi tempi la consuetudine della corrispondenza diretta, ma venne sostituita dall'applicazione del principio generale già in vigore quanto agli altri paesi. (6) Tale forma di mutamento è però eccezionale nella società contemporanea, nella quale è manifesta la tendenza ad ammettere l'azione diretta dell'autorità straniera in quanto si tratti di citazioni, notificazioni od altri atti unilaterali di quella, e, per quanto si riferisce a quelle domande di cooperazione di autorità giudiziarie d'un paese da parte di quelle d'un altro che implichino la necessità di commissioni rogatorie, a permettere lo scambio diretto di queste fra le

(1) *Journal officiel*, 11 Aprile 1884.

(2) Protocollo del 1º Maggio 1869, art. 3. — (3) Böhm, pag. 17.

(4) Böhm, pag. 18; Il Martens, vol. II, pag. 492, 3, lo cita inesattamente come un accordo fra la Russia e la Germania.

(5) Böhm, pag, 18. — (6) Bravo, l. c., pag. 137.

varie magistrature che vi sono interessate secondo il voto adottato nel 1877 a Zurigo dall' Istituto di Diritto Internazionale. (1)

799. — Nell' uso delle commissioni rogatorie vennero ultimi i magistrati inglesi e quelli degli Stati Uniti, ed in parte quelli dell' Olanda; la norma imperante della assoluta territorialità del diritto faceva sì che fosse più difficile l' adozione del concetto della solidarietà fra le magistrature nel raggiungimento di uno scopo comune; sicchè nel caso in cui fosse necessario di compiere all' estero un atto d' istruzione, quei magistrati si rivolgevano preferibilmente o ai consoli dello Stato od a privati residenti in quel territorio. (2) In Olanda nozioni erronee sulla giurisdizione condussero a risultati piuttosto strani; (3) non si rifiutava mai di dar seguito alle commissioni mandate da giudici stranieri a giudici neerlandesi fondandosi sulla *comitas gentium*; ma era molto controversa la questione se il giudice neerlandese potesse affidare ad un giudice straniero l'audizione di testimonî o di una delle parti: infatti la corte dell' Olanda settentrionale rifiutò sempre di confidare commissioni rogatorie a giudici stranieri, (4) ritenendole inammissibili come delegazioni di giurisdizione, mentre non implicano se non l' invito ad una magistratura straniera di far uso della giurisdizione propria per applicare una norma di procedura straniera. L'obbligo di dar seguito alle commissioni di giudici stranieri ed il permesso di rivolgerne loro, erano ammessi nella legge sull'organizzazione giudiziaria del 1861 (5) che non è più in vigore.

Una legge inglese del 1856 ammise che in seguito a domanda fatta ad uno dei giudici superiori della Granbrettagna o delle colonie, ed esponente che un tribunale straniero davanti al quale è pendente una causa civile o commerciale, desidera ottenere sull' argomento della causa testimonianza da persona residente nella giurisdizione del magistrato richiesto, questo possa ordinare l' esame mediante giuramento, interrogatorio, od altro modo, di questi testimoni, davanti ad una persona da lui designata che può essere anche il console della nazione del testimonio. Così, pur determinan-

(1) *Annuaire de l' Institut*, 1878, pag. 49, e vol. II, pag. 69, 70.
(2) Lawvrence, l. c., pag. 415, 6.
(3) Hingst, l. c., XII.
(4) 19 Dicembre 1872 e 16 Dicembre 1875.
(5) Articolo 40.

done soltanto uno dei motivi, si ammetteva la esecuzione delle commissioni rogatorie. (1)

Negli Stati Uniti una legge del 2 Marzo 1855 stabilì che, quando una lettera rogatoria sia diretta da un tribunale d'un paese straniero ad una corte di circuito degli Stati Uniti, e che questa abbia nominato un commissario per udire i testimoni in essa designati, tale commissario abbia autorità di far comparire davanti a sè i testimonî come se si trattasse di comparire davanti la corte. (2) L'Inghilterra e gli Stati Uniti, come eseguiscono ora le commissioni straniere, così ammettono l'invio da parte dei loro magistrati di commissioni rogatorie ai magistrati stranieri specialmente per l'assunzione di giuramenti o di deposizioni testimoniali (affidavits). Fin dal 1831 una legge autorizzò le corti inglesi a mandare rogatorie alle corti degli altri paesi richiedendole di assumere una prova che occorra per la decisione di un litigio agitato in Inghilterra. (3) Però il concetto secondo il quale tale istituto venne accolto fin da principio nella pratica inglese od americana, era diverso da quello che si affermò rispetto ad esso nel continente europeo; la nomina di un commissario da parte della magistratura inglese ed americana richiesta, prova come non si ravvisasse in tale assunzione di prova un'esercizio esclusivo di giurisdizione territoriale, ma una giurisdizione che poteva essere anche delegata.

E trattandosi di prove da assumersi all'estero relativamente a cause svolgentesi davanti a magistrati inglesi, si continuò, anche dopo la promulgazione della legge del 1856, a rivolgersi, od al magistrato straniero in una forma che non implicava riconoscimento della sua giurisdizione esclusiva, o più frequentemente al solo console inglese o ad un privato residente all'estero designato come commissario, togliendo all'atto suo nel paese dove doveva compiersi qualunque carattere di autenticità, e ricorrendo all'autorità straniera in mancanza di un console, e richiedendo al console più vicino l'attestazione della competenza di quella. (4)

800. — Nel primo caso l'autorità straniera si rifiutava all'esecuzione della rogatoria, non potendo riconoscere l'associazione d'un

(1) Sir Sherston Baker, Taking evidence for foreign courts. Associat.: Report, 1881, pag. 167, 8. — (2) Lawrence, l. c. pag. 416.

(3) Alexander, Assoc. Reports, 1885, pag. 119.

(4) Alta corte, Div. cancelleria, 9 Maggio 1884, Brittlebank c. Smith, *Journal*, 1887, pag. 202.

estraneo alla magistratura nei limiti della propria giurisdizione. Così avvenne nel 1863 nel caso di una rogatoria diretta dall'Inghilterra cumulativamente al giudice di prima istanza di Madrid ed al console inglese in quella capitale, per esaminarvi alcuni testimonî relativamente ad una controversia che si agitava davanti alla corte dei « common pleads ». (1) Nel secondo caso manca, coll'autorità giurisdizionale dell'incaricato, l'elemento necessario per qualificare come vera testimonianza la deposizione e come giuramento l'attestazione fatta davanti a quello, e la certezza sulla possibilità di dedurne tutte le conseguenze civili e penali davanti ai magistrati inglesi; del qual difetto appunto si preoccupavano negli ultimi tempi i giureconsulti britannici. (2)

Nè può invocarsi ragionevolmente l'estraterritorialità dell'agente incaricato di assumere tale prova; poichè, pur ammettendo quella finzione giuridica, essa sarebbe applicabile ai soli agenti diplomatici e non ai consoli e meno che a tutti ai commissarî speciali designati per quell'occasione; nè potrebbesi dire, a favore così degli uni come degli altri, che la loro autorità è incontestabile in quantochè deriva e si proporziona a quella dello Stato che li ha delegati, (3) poichè al potere stesso del quale si invocherebbe la delegazione manca, nei rapporti normali fra gli Stati, fuori del proprio territorio, qualsiasi autorità giurisdizionale.

In tali rapporti normali gli Stati possono scegliere il modo che meglio loro talenta per comunicare all'estero gli atti unilaterali e preparatorî della loro autorità giudiziaria, benchè, per alcuni di questi, possa dar luogo la loro condotta a qualche contestazione circa l'esecuzione che successivamente si debba domandare all'estero del giudicato che ha conchiuso quel litigio in tal modo incominciato; ma quando trattasi di assunzione di prove che implichino la cooperazione di un privato e che costituiscano parte degli atti dell'autorità giurisdizionale, il solo modo possibile per non violare la sovranità territoriale e dare all'atto tutto il carattere giurisdizionale è il ricorso all'autorità giudiziaria del territorio.

(1) Bravo, vol. II, pag. 154.

(2) Jenken, Taking evidence for foreign courts; Associat. Report, 1878, pag. 92-7, e Sir Sherston Baker, l. c., pag. 160-175, 1885, pag. 114-9; V. anche « l'Evidence commission Act » cit. nell'*Ann. de leg. etr.*, 1886, pag. 17.

(3) Mattiauda, Assoc. Reports, 1879, pag. 220-1.

Anche la legge consolare italiana (1) autorizza i consoli ad eseguire le commissioni rogatorie che vengono loro indirizzate da tribunali stranieri, coll'obbiettivo di procedere a visite, perizie ed esami di testimoni; ed a ricevere dichiarazioni di nazionali stabiliti o di passaggio nel distretto del consolato; ma tale disposizione forma parte del Capo II che riguarda il modo di esercitare la giurisdizione « in quei paesi ed in quei casi in cui i trattati o gli usi ne acconsentano l'esercizio ». Così la legge di ordinamento giudiziario germanica (2) quanto alle notificazioni da farsi all'estero, lascia la scelta fra la commissione diretta ai magistrati dell'altro Stato e quella mandata ai consoli tedeschi; ma, per quanto si riferisce all'assunzione di testimonianze e di giuramenti, l'autorità dei consoli non può derivare se non da una speciale autorizzazione del cancelliere dell'impero. (3)

La necessità di ricorrere dunque alle commissioni rogatorie per ogni atto veramente giudiziario che debba compiersi all'estero ed il maggior uso che ne vien fatto sempre più fra gli Stati, giustificano il voto, espresso dall'Associazione per la riforma e la codificazione del diritto delle genti nella sessione di Milano, che « i governi dei vari Stati vengano ad un accordo per regolare nel più semplice modo possibile, la reciproca esecuzione delle commissioni rogatorie nell'interesse dell'amministrazione della giustizia ».

801. — Tale accordo dovrebbe anzitutto sancire (quanto risulta già da molti trattati e da varie disposizioni di leggi particolari) l'obbligo di rispondere alle commissioni rogatorie provenienti da tribunali stranieri, (4) mentre fino ad ora, dovunque (5) una legge od un trattato non lo imponga, è ritenuto in assoluta facoltà del tribunale richiesto il rifiuto di ottemperarvi.

È ben naturale poi che, quando trattisi di un atto di istruzione da farsi in seguito ad una commissione rogatoria, spetterà procedervi a chi è competente secondo le leggi cui è sottoposto il tribunale richiesto; (6) la indicazione di tale magistrato in ogni caso concreto dipenderà poi dalle clausole dei trattati; quando la commissione debba venir rivolta diplomaticamente o col tramite di

(1) Art. 171. — (2) § 182.
(3) Böhm, pag. 109-112 e 217-220.
(4) Bulmerincq, l. c.
(5) C. d'app. di Bruxelles, 18 Ott. 1826, ap. Weiss, l. c., pag. 952.
(6) Art. 946,[1] cod. di proc. civ. it.; e Mattirolo l. c., pag. 831.

un tribunale superiore, spetterà a questo o rifiutarne l'adempimento per incompetenza assoluta o farla pervenire al magistrato competente; quando invece la corrispondenza avvenga da tribunale a tribunale direttamente, allora il tribunale richiesto per errore dovrà far proseguire la commissione all'altro tribunale del suo paese che sia competente.

802. — In quanto alle forme, devono contemperarsi in tale argomento due principi distinti: quello che le forme della procedura sono regolate dalle leggi del paese dove l'istanza è portata, e quello che i mezzi di prova sono determinati dalle leggi del paese dove avvenne il fatto giuridico che si tratta di stabilire. Così il criterio come il grado del contemperamento, risultano dal carattere stesso dell'atto cui dà occasione la commissione rogatoria. Essa è una cooperazione diretta del magistrato d'un paese all'applicazione che il magistrato d'un altro paese fa del proprio diritto ad un caso concreto: in tutto quanto dunque è essenziale, il giudice che eseguisce la commissione deve badare alla legge del giudice richiedente, ed alla propria solo in quanto riguarda l'elemento puramente formale dell'atto al quale deve procedere. Per esempio l'ammissibilità del giuramento o della deposizione testimoniale come mezzi di prova, dovrà giudicarsi secondo il diritto del tribunale richiedente, e quello del tribunale richiesto prevarrà soltanto nella forma di prestazione del giuramento o della testimonianza. (1) Talora avviene anche, (ma difficilmente si potrebbe conseguirlo come un principio generale in un trattato complessivo), che, ravvisando esclusivamente nella commissione rogatoria un atto di cooperazione nell'applicare una norma o nel fare un atto di procedura venga lasciato in arbitrio dal giudice richiesto di aderire anche alla domanda fatta dal tribunale richiedente perchè si seguano nell'assunzione della prova le forme del paese dove si agita la controversia; (2) così dispone in Austria un decreto del 17 Luglio 1816 rispetto alle assunzioni di testimoni fatte per invito di tribunali stranieri. (3)

E tale soluzione è sostenuta anche in Germania ogniqualvolta non vi si opponga una espressa disposizione di legge, o l'osservanza del diritto straniero non sia manifestamente offensiva del diritto vigente. (4)

(1) Weiss, pag. 953, 4, Fiore, Sent. civ. pag. 270, 1 e 284, 5.
(2) Bulmerincq, l. c. — (3) Böhm, pag. 153. — (4) Böhm, pag. 23, 4.

Quando poi una prova sia assunta da un tribunale straniero in modo tale che sia difettoso secondo il diritto cui è sottoposto quel tribunale, ma valido secondo le leggi vigenti nel territorio del tribunale chiamato a decidere della causa, si ammette in Germania (1) che quel difetto non possa invocarsi per opporvi veruna obbiezione. (2) Tale contemperamento delle due leggi dovrebbe essere meglio determinato in un trattato generale relativo alle commissioni rogatorie; (3) e quando in tale convenzione si stabilisse che la commissione, dopochè fosse rivestita delle prove d' autenticità richieste dai trattati, (4) potesse indirizzarsi direttamente da tribunale a tribunale, si sarebbe raggiunto, con grande vantaggio dell'amministrazione della giustizia, l'ideale vagheggiato dai voti dell'Istituto di Diritto Internazionale; (5) ed all'applicazione d'una norma di diritto invocata in un paese in un caso concreto, sarebbe preordinata, in quanto fosse necessaria, nel modo più uniforme, la cooperazione della magistraturadi tutti gli altri paesi.

Quando poi, rinunciando all'istituzione di nuovi enti internazionali che è sempre difficile ad attuarsi, si stipulasse in quel trattato anche l'applicazione delle commissioni rogatorie alla ricerca da parte dei tribunali delle disposizioni di diritto materiale d'un altro paese, le norme di diritto internazionale privato vigenti nei vari Stati diventerebbero tanto più praticamente efficaci, quanto più pronta e sicura sarebbe per tal guisa l'applicazione diretta del diritto straniero.

(1) § 334 della legge di proc. civ.

(2) Foelix, l. c. pag. 319-325. — (3) Vol. II, pag. 74, nº 9.

(4) L. c., nº 6. — (5) *Annuaire de l'Institut de Dr. Int.* vol. II, pag 44-56, e 150, 1.

XIV

APPLICAZIONE INDIRETTA DEL DIRITTO STRANIERO.

803. Applicazione indiretta del diritto straniero; in quanto si distingua da quella diretta per l'indole, per gli elementi che le sono proprî e per gli ostacoli che incontra. — 804. Sua origine recente: fasi storiche; carattere negativo rispetto ad essa del diritto internazionale fino al nostro tempo. — 805. Prime convenzioni che riconobbero in un paese l'applicazione delle regole di diritto fatta dai giudici di un altro. — 806. Concetti opposti dalla conciliazione dei quali risulta l'ammissione dei responsi di magistrati stranieri: in quale proporzione ideale debbano contemperarsi. — 807. Distinzione dei sistemi accolti negli Stati civili secondo la diversa proporzione di quei due elementi. — 808. Primo sistema. *Minima prevalenza del concetto di sovranità territoriale su quello dell' estraterritorialità dei giudicati:* riconoscimento della sentenza straniera come tale; suo pieno controllo formale; suo minimo controllo sostanziale; Italia. Quali sentenze non vi abbisognino di dichiarazione d'esecutorietà. — 809. Rispetto a quali la necessità di questa sia contestata. — 810. Quando pareggiate alle sentenze le decisioni arbitrali; in quanto applicabili le regole comuni alle sentenze interlocutorie. — 811. Autorità di cosa giudicata indipendente dalla dichiarazione d'esecutorietà: soluzioni discordi della dottrina e della giurisprudenza. — 812. Chi debba chiedere la dichiarazione d'esecutorietà; in che modo debba promuoversene il giudizio ed a chi questo competa. — 813. Condizioni per concedere l'esecutorietà: controllo dell'origine della sentenza: competenza dell'autorità straniera giudicata normalmente secondo il diritto del magistrato che ha giudicato; eccezionalmente secondo il nostro; litispendenza. — 814. Controllo della genesi della sentenza; secondo quale diritto apprezzata la regolarità della citazione, della rappresentanza e della contumacia. — 815. Controllo formale della sentenza come fù pronunciata. — 816. Controllo sostanziale; sue proporzioni limitate e suo carattere negativo; quando, in tali limiti, la territorialità sia assoluta, quando relativa non alle disposizioni della sentenza, ma alle condizioni in cui questa fu pronunciata. — 817. Regolamento dell'esecuzione autorizzata dal magistrato italiano; mezzi di ricorso contro la sua decisione che accorda o rifiuta l'esecutorietà. — 818. Importanza delle convenzioni internazionali in tale argomento; convenzioni dell'Italia: loro valore accanto alle disposizioni del codice di procedura civile. — 819. Rapporti convenzionali fra l'Italia e la Francia; estensione territoriale della loro efficacia; loro significato intrinseco specialmente quanto al modo d'iniziare il giudizio di esecutorietà. — 820. Convenzioni colla Spagna, S. Marino, Serbia, Rumania e Brasile. — 821. Altri Stati che seguono il sistema adottato dall' Italia: San Marino, Portogallo, Provincia di Buenos Ayres, Capitale federale Argentina, e Bulgaria. — 822. Sistema analogo seguito nei rapporti federativi in Svizzera, Germania, Argentina, Stati Uniti; norme più rigorose vigenti in questi ultimi. — 823. Secondo sistema. *Assoluta prevalenza del concetto di sovranità territoriale su quello dell' estraterritorialità dei giudicati:* misconoscimento, salvo le eccezioni risultanti da trattati, della sentenza straniera, sia come sentenza, sia come elemento

risprudenza fuori della città e della provincia di Buenos Ayres. — 850. Brasile: forza di cosa giudicata; esecuzione per reciprocità; facoltà nel governo di prescindervi: carattere della reciprocità nel senso spagnuolo. — 851. Cantoni svizzeri — 852. Austria: fonti del diritto vigente; modo di chiedere l'esecutorietà; limiti della revisione formale e sostanziale: carattere completo e non assoluto della condizione di reciprocità cui quei limiti sono subordinati. — 853. Ungheria: Croazia, Bosnia ed Erzegovina. — 854. Germania: riconoscimento di autorità di cosa giudicata sottoposto alle stesse condizioni dell'esecutorietà; caratteri della sentenza straniera; magistrato germanico competente: competenza straniera giudicata secondo il diritto germanico; controllo delle forme di procedura straniera a favore dei convenuti tedeschi; limiti del controllo sostanziale. — 855. Tentativo nella giurisprudenza per autorizzare maggiori limiti di revisione; carattere rigoroso ed assoluto della condizione di reciprocità in Germania e nelle Provincie Baltiche. — 856. L'esecuzione delle sentenze nei paesi non cristiani. — 857. Egitto dopo l'istituzione dei tribunali misti: autorità riconosciuta da questi alle sentenze europee; condizioni e reciprocità richieste dalla legge; carattere attribuito alla reciprocità dalla giurisprudenza. — 858. Sentenze dei tribunali misti di cui si chiede l'esecuzione in Europa: se assimilabili a decisioni arbitrali, a sentenze consolari, o a sentenze egiziane; perchè debbano assimilarsi in ogni paese alle sentenze straniere che vi si eseguiscono nel modo più favorevole. — 859. Autorità di sentenze dei tribunali indigeni presso i tribunali misti; giudicate come sentenze straniere dalla giurisprudenza; perchè tale giudizio sia erroneo; perchè applicabile alle sentenze indigene dai tribunali francesi in Tunisia. — 860. Carattere attuale del diritto internazionale circa l'esecuzione delle sentenze straniere; la tendenza progressiva delle leggi e delle convenzioni, dimostra la possibilità d'accordo complessivo fra molti Stati. — 861. Contro chi ne sostiene l'impossibilità nel momento attuale. — 862. I progetti proposti a tale scopo s'ispirano alla legge italiana. — 863. Iniziativa dell'Associazione per la riforma e la codificazione del diritto delle genti, e proposta del ministro Mancini; come sia stata accolta presso la maggior parte dei governi. — 864. Avversione della Germania alla proposta conferenza, e sue cause probabili; abbandono del progetto; possibilità di riprenderlo; necessità di non collegarlo ad altri progetti di codificazione relativi a varie parti del diritto internazionale privato.

803. — Non meno importante come elemento di quella comunità di diritto che è lo scopo finale del diritto internazionale è l'applicazione indiretta del diritto straniero. Questa, come l'applicazione diretta, è fatta possibile dalla consapevolezza, comune a più Stati, che esiste per la legge come per la magistratura rispettiva una certa cerchia di applicabilità e di competenza e che l'azione dell'una e dell'altra nei limiti di questa cerchia deve essere riconosciuta in sè stessa e nei suoi effetti dovunque: e tanto nell'una come nell'altra applicazione del diritto straniero la quantità dei conflitti è in proporzione inversa del progresso compiuto dagli Stati verso il riconoscimento di quella comune solidarietà e di quella competenza rispettiva nei limiti della quale il diritto di ciascheduno Stato debba considerarsi come il diritto di tutti gli altri. Benchè però nella sua base fondamentale e soprattutto nel suo

scopo l'applicazione indiretta del diritto straniero si colleghi alla sua applicazione diretta, pure ne va distinta non solo per la specifica indole sua, ma anche per gli elementi che devono costituirla e per gli ostacoli che vi si oppongono.

Alla applicazione diretta del diritto straniero compete questo nome appunto perchè, potendo regolarsi in un territorio o le attitudini di una persona straniera, o le vicende di una cosa o le condizioni e le conseguenze di un atto giuridico compiuto all'estero o fra stranieri, secondo la legge territoriale o secondo una legge straniera, il magistrato secondo i criteri consentitigli od impostigli dal diritto vigente nel suo paese, applica al caso concreto una disposizione anzichè della legge propria, di quella straniera, e sceglie quale debba essere la legge straniera applicabile. Nella applicazione indiretta del diritto straniero non si ha più una persona od una cosa od un rapporto giuridico rispetto al regolamento dei quali si invochi una disposizione materiale di legge straniera; tale disposizione fu invocata e contestata e decisa in un altro Stato; e davanti ai giudici del territorio s'invoca non già una disposizione di legge, della quale si domandi l'applicazione, ma un responso della magistratura del quale si richiede venga riconosciuta l'efficacia estraterritoriale. Il diritto straniero pertanto viene in tal caso invocato sotto forma di norma già applicata ad un caso concreto dalla magistratura, e della quale si vogliono far valere gli effetti fuori del territorio della sua origine; perciò il magistrato chiamato a riconoscere la validità e la efficacia di tale decisione giudiziaria pronunciata in un altro paese, ha il compito di applicare indirettamente il diritto straniero.

Perchè tale riconoscimento possa venir concesso, occorre un elemento di più che nella applicazione diretta del diritto straniero non si riscontra e che costituisce di per sè stesso un ostacolo. Nell'applicazione diretta basta infatti che le regole di diritto internazionale privato sancite in un paese riconoscano per quei determinati rapporti l'efficacia estraterritoriale della legge o, come dice il Brocher, la competenza del diritto straniero. Nell'applicazione indiretta invece è necessario riconoscere in una magistratura straniera un potere giurisdizionale che si estenda oltre il territorio dov'essa è costituita, in guisa che il suo giudicato debba essere ritenuto un giudicato anche all'estero. E tale elemento è

di necessità un ostacolo alla applicazione indiretta del diritto straniero; poichè questa non potrà avvenire se non quando si riesca a conciliare ed a combinare in giuste proporzioni due elementi che parrebbero a primo aspetto escludersi vicendevolmente: l'efficacia estraterritoriale dei responsi della magistratura, e il carattere strettamente territoriale della giurisdizione. Il termine di conciliazione non può trovarsi se non sulla base della comunità del diritto, ammettendo d'un lato la validità estraterritoriale del responso in sè stesso, dall'altro l'assoluta territorialità dell'impero che ne assicura l'esecuzione, e facendo sì che la seconda condizione non annulli la prima, costringendo la missione esclusiva della giurisdizione territoriale nei limiti richiesti dalla tutela della sovranità e dalla salvaguardia del diritto fondamentale dello Stato. Ad una tale soluzione non è possibile giungere se non dopochè una serie di norme di diritto internazionale privato adottate, sia pure in varie proporzioni, nelle leggi dei popoli civili, abbia preparato il passaggio dall'applicazione diretta a quella indiretta del diritto straniero, e tutto un complesso di consuetudini, di leggi e di norme convenzionali, abbia modificato il concetto della protezione dei sudditi e sviluppato nel mondo quello d'una vita giuridica internazionale.

804. L'applicazione diretta del diritto straniero è pertanto fra i più recenti istituti di diritto internazionale. Durante il primo sviluppo del diritto romano la creazione convenzionale di giudicature miste (1) per decidere le controversie fra indigeni e stranieri, implicava da parte dei due paesi contraenti il misconoscimento della competenza esclusiva d'uno di loro nei litigi nei quali era parte un suddito dell'altro; e d'altronde l'efficacia che si riconosceva ai responsi di quella magistratura mista non potrebbe paragonarsi all'esecuzione, quei di una sentenza straniera; infatti quei tribunali, essendo composti in parte di giudici indigeni, le loro decisioni non erano in realtà se non sentenze del paese dove erano state pronunciate. (2) Nell'epoca posteriore è bensì vero che una sentenza pronunciata in una parte dell'impero produceva nelle altre la eccezione di cosa giudicata, e che quando la *jurisdictio*

(1) V. vol I, pag. 18-21.

(2) Daguin, De l'autorité et de l'exécut. des jugements étrang. en matière civile et commerc. en Fr. et dans les divers pays. Paris, Pichon, 1887 pag. 57.

spettava ad un magistrato municipale, mancando a questo l'*imperium*, era soltanto necessario di rivolgersi ad un magistrato romano per assicurare l'esecuzione della sentenza; ma tale procedimento, formalmente analogo a quello del nostro diritto per la esecuzione delle sentenze straniere, ne era sostanzialmente diverso inquantochè (1) tanto il territorio d'origine della sentenza quanto quello dove se ne ricercava l'esecuzione, formavano parte del medesimo impero.

Lo stesso può dirsi dell'esecuzione delle sentenze pronunciate durante l'epoca barbarica da autorità diverse sotto l'impero della personalità delle leggi nei limiti d'un territorio sottoposto alla medesima sovranità; (2) nè diverso giudizio può farsi della tendenza manifestata dai giureconsulti nel medio-evo ad ammettere fra i vari paesi d'Europa l'esecuzione delle sentenze, poichè a tale soluzione essi erano indotti dall'influenza del diritto romano e della supremazia papale che li traeva a considerare l'Europa come una federazione di popoli eguali fra loro nella comune soggezione alla Santa Sede.

Ma fra territori soggetti a sovranità distinte, prevalse sempre e si andò sempre più affermando la negazione d'esecutorietà delle sentenze straniere, della quale, dopo la formazione delle monarchie, si trovano le traccie nelle condizioni imposte nei domini della stessa sovranità anche per rendere esecutoria una sentenza nazionale fuori dei limiti della giurisdizione che l'aveva pronunciata. Una sentenza emanata in Francia non era infatti esecutoria di per sè se non nel territorio del parlamento nella giurisdizione del quale risiedeva l'autorità che l'aveva pronunciata; ma perchè potesse produrre effetti in tutto il regno, era necessario che fosse rivestita del *pareatis du grand sceau*, cioè di lettere di cancelleria mediante le quali il re ordinava al primo sergente od usciere di porre in esecuzione quella sentenza. (3) Ma rispetto all'estero, a quanta assoluta territorialità si siano informati i diritti europei, lo prova la consuetudine generale di non riconoscere i giudicati pronunciati da autorità straniera, ed il fatto che quando

(1) Moreau. Effets internationaux des jugements en matière civile. Paris, Larose et Forcel. 1884 pag. 7-12.

(2) Mancini, Rapporto all'Istituto di d. int. Revue de d. int. 1875, pag. 330. — (3) Daguin, l. c., pag. 58.

in Francia nel 1629 l'ordinanza conosciuta sotto il nome di Codice Michaud codificò tale principio, non trovò resistenza se non presso il parlamento di Digione, mentre quella disposizione venne registrata senza difficoltà dai parlamenti di Tolosa, di Bordeaux, di Grenoble e di Normandia. L'articolo 121 di quell'ordinanza disponeva: « Les ju-« gements rendus, contrats ou obligations reçues ès royaumes et « souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'au-« ront aucune hypothèque ni exécution en notre Royaume, ains « tiendront les contrats lieu de simples promesses, et, nonobstant « les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus « pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par de-« vant nos officiers ». Tale disposizione rendeva nulle in Francia le sentenze straniere in quanto potevano riferirsi ad un francese, ed in quanto si riferivano a litigi agitatisi fra stranieri, non ne proclamava il riconoscimento, ma, fatta la riserva negativa quanto all'ipoteca ed all'esecuzione, lasciava le condizioni, sotto le quali questa potesse concedersi senza rinnovare del tutto il processo, in arbitrio della magistratura.

805. — Coll'aumentare dei rapporti e degli interessi fra Stati vicini, si cominciò a sentire il bisogno di uscire per via di convenzioni da tale stato di isolamento nella materia giurisdizionale, in parte perchè si intravvide la giusta soluzione e la retta distribuzione di preponderanza fra le due sovranità, in parte forse maggiore perchè si sentì il desiderio di procurare il vantaggio comune. Il 1 Giugno 1658 la Francia e la Svizzera stipularono un trattato d'alleanza, da una disposizione del quale (1) si dedusse come implicitamente ammessa la reciproca esecutorietà delle sentenze a condizioni analoghe a quelle secondo le quali si ammettevano in Francia le sentenze pronunciate nel territorio di un Parlamento all'esecuzione nel territorio di un altro. (2) Tale ammissione risulta non più implicitamente ma esplicitamente dal trattato d'alleanza di Soletta stipulato fra la Francia e la Svizzera il 28 Maggio 1777,

(1) Art. 19: Et si entre les sujets de Nous Louis Roy et de Ligues avenait querelle, prétention et demande pour quelque chose que ce fût, les demandeurs seront tenus de chercher les défendeurs aux lieux et jurisdictions où ils seront demeurants ou résidans, aux quels sera faite bonne et briève justice selon le contenu de la paix » cfr. convenz. fr. svizz. del 15 Giugno 1869 art. 1. Amiaud, l. c., pag. 232.

(2) Moreau, l. c., pag. 33.

nel quale, dopo aver formulata la norma del trattato antecedente, circa la competenza, si ammise (1) « que les jugements définitifs en « matière civile rendus par les tribunaux souverains, seront exé- « cutoires réciproquement selon leur forme et teneur dans les « États de Sa Majesté et ceux du Corps Helvetique, comme s'ils « avaient été rendus dans le pays ou se trouvera après le dit ju- « gement la partie condamnée ». (2)

Una condizione convenzionale analoga esisteva nel principio di quel secolo fra la Lorena e la Francia, e sorse nella seconda metà fra lo stesso paese ed il regno di Sardegna. Per tal guisa norme analoghe si vennero sempre più diffondendo per via di leggi e di convenzioni, sicchè in poco più d'un secolo da che primamente si ammise la possibilità d'esecuzione delle sentenze straniere, questa venne ammessa a condizioni diverse dal maggior numero dei paesi civili; nè pare ormai più un'utopia l'aspirazione ad ottenere da tutti gli Stati l'adozione circa quella esecuzione di norme identiche che si uniformino all'ideale conciliazione dell'estraterritorialità dei responsi giudiziarî e delle esigenze della sovranità territoriale.

806. — Ad entrambi questi due elementi deve, come accennai, assegnarsi la parte di influenza che gli compete, poichè non già l'esclusione dell'uno a profitto dell'altro, ma il loro contemperamento, è l'ideale del diritto internazionale in tale materia. Pretendere che sentenze pronunciate in un paese debbano per sè medesime essere esecutorie in un altro, sarebbe assurdo, poichè le autorità istituite dalla sovranità di uno Stato non possono comandare se non nel territorio soggetto allo Stato che le ha istituite. Taluni distinguono a tale proposito, fra gli effetti della sentenza, l'autorità di cosa giudicata dalla forza esecutiva, e mentre ritengono che ogni sentenza sia, fuori del suo territorio d'origine, destituita di quest'ultima, giudicano che le si debba riconoscere la prima. (3)

Parmi però che chi considera i rapporti fra gli Stati prescindendo da quelle concessioni ch'essi possono reciprocamente farsi o per un sentimento di equità, o per comune utilità e per cooperare ad un intento comune, non possa ammettere per l'autorità di cosa giudicata una norma diversa da quella ritenuta per la forza esecutiva. Quell'autorità infatti, generando un'eccezione, può essere ne-

(1) Art. 9. — (2) Moreau, l. c. pag. 33.
(3) Weiss, l. c., pag. 956, 7. Daguin pag. 37, 8.

gativamente tanto efficace quanto è efficace positivamente la forza esecutiva; nè il riconoscere la sentenza del magistrato straniero come un divieto di procedere per un determinato motivo, implicherebbe un'attribuzione minore di comando estraterritoriale a quel magistrato, di quello che il riconoscerne il responso come un ordine di eseguire una data obbligazione. (1)

Ma se i diritti assoluti della sovranità territoriale impediscono che alle sentenze straniere si possa riconoscere intima e indipendente virtù di esercitare efficacia, motivi sempre più imperiosi persuadono della necessità che, sotto talune condizioni, tale efficacia sia loro attribuita dalle autorità territoriali. Se una norma di diritto assicura l'assoluta sovranità d'ogni Stato nel proprio territorio, una norma di equità derivante logicamente da quella, vuole che alle norme di diritto legittimamente imperanti in un territorio od in una società si riconosca virtù d'irradiare dovunque, rispetto alle persone ad esse sottomesse ed ai rapporti obbligatori sorti sotto il loro impero, tutti i loro effetti, (2) e che alle norme di diritto applicate ad un caso concreto in un paese dall'autorità competente rappresentante la sovranità e la legge che vi impera, si debba riconoscere fuori di quel territorio la stessa efficacia. In questo secondo caso all'equità ed al vantaggio d'una serie di norme di diritto internazionale privato, si aggiunge anche come argomento, la considerazione che, ammettendo l'efficacia estraterritoriale delle sentenze, si assicura più spesso l'applicazione della legge che deve prevalere, fatta dal magistrato più competente, e si evitano in eguale proporzione le difficoltà connesse colla applicazione diretta del diritto straniero. (3) Quando si invoca dunque la esecuzione delle sentenze straniere non si mette in dubbio il diritto degli Stati di rifiutarla; ma si vuole soltanto mostrare la necessità che in questo, come in altri campi della propria sovranità, essi s'inducano a reciproche concessioni. (4)

Da tali considerazioni risulta il carattere delle concessioni relative all'esecuzione delle sentenze straniere, l'ideale cui dovreb-

(1) Gianzana, l. c., I, 3, pag. 11. Foelix, pag. 371, 2, 3. Chrétien, De l'autorité des jugements etr. d'après la leg. it., *Journal*, 1886, pag. 668.

(2) V. vol. I, pag. 126-9.

(3) Asser, Rapporto all'Istituto, V. Ann. l. c. Fiore, Sentenze Civili, pag. 3. Bulmerincq, l. c.

(4) Bard, pag. 312-5. Asser-Rivier, pag. 176, 7.

bero informarsi le norme a queste relative, ed il criterio secondo il quale si debbano distinguere i sistemi attualmente seguiti nelle varie legislazioni. Trattasi d'una revisione della magistratura di un paese sull'operato della magistratura di un altro, dopo la quale il giudicato di quest'ultima viene o non viene ammesso a valere nel territorio come un giudicato nazionale. Quali devono essere i limiti ideali di tale controllo? In generale si dice dai fautori dell'esecuzione che la revisione da parte della magistratura del territorio dove si vorrebbe eseguire una sentenza straniera, dovrebbe essere soltanto formale; ed enumerando i diversi sistemi vigenti nei vari paesi, si suddistinguono gli Stati che pur ammettono l'esecuzione, in quelli che impongono ai propri magistrati una revisione materiale e quelli che si accontentano della semplice revisione formale. (1) Ora parmi potersi affermare che nè l'esposizione del criterio ideale sia del tutto meritevole di approvazione, nè il criterio di distinzione sia perfettamente esatto.

Gli espositori dell'uno e dell'altro badano esclusivamente in questa materia a contemperare la territorialità della giurisdizione colla efficacia estraterritoriale che è pur necessario attribuirle per ottenere l'esecuzione delle sentenze fuori dello Stato dove furono pronunciate, mentre d'un altro elemento bisogna tener conto, della territorialità cioè del diritto materiale che dev'essere assoluta ogni qualvolta si tratti di norme che formino parte dei principî fondamentali politici, giuridici ed economici sui quali è costituito lo Stato.

È ben naturale infatti che quelle stesse ragioni che impediscono ai tribunali di un paese di applicare direttamente una norma di diritto straniero contraria al diritto pubblico od all'ordine pubblico vigente nel territorio, impediscano loro di applicare indirettamente una norma di quella specie concedendo l'esecutorietà ad una sentenza che a quella siasi informata. Sarebbe dunque contrario al fine stesso del diritto internazionale, che è quello di far vivere le individualità degli Stati nella società internazionale senza sacrificare quelle a questa, il voler fondare l'esecuzione delle sentenze straniere sulla sola revisione formale. Il concetto ideale delle condizioni di esecutorietà delle sentenze straniere non

(1) Moreau, pag. 226,7, Weiss pag. 977, Asser-Rivier, pag. 178, 9. Fusinato, Esecuz. delle sentenze, pag. 49.

può trovarsi dunque se non che nel contemperamento delle esigenze della vita internazionale che richiederebbero le massime proporzioni di esecutorietà, colle esigenze della vita nazionale di ciascuno Stato al quale importa non solo che siano salve le sue prerogative giurisdizionali, ma altresì che siano salvaguardati i fondamenti del suo diritto materiale. Avviene pertanto di necessità in questa materia un fenomeno analogo a quello che abbiamo notato parlando dello stato e della capacità della persona. (1)

Rispetto a questo devesi tener conto nella vita internazionale di due elementi: quello personale che l'individuo vivente od operante all'estero porta con sè, e quello territoriale che gli è imposto dalle esigenze della esistenza politica e giuridica e dalla sicurezza ed integrità dell'ordine politico e morale dello Stato dove l'individuo si trova od il rapporto giuridico deve far sentire i proprì effetti. « Entrambi questi elementi diventano parti integranti dello statuto personale considerato nel suo concreto e positivo riconoscimento internazionale. Lo statuto della persona quale è creato dalla sua legge originaria, è dunque, nel suo riconoscimento internazionale, modificato, integrato, o rettificato dalla legge territoriale, e l'ideale della scienza sta in ciò che di quei due elementi dello statuto della persona considerata nel suo operare internazionale, l'elemento personale prevalga il più possibile a scapito dell'elemento territoriale, e che, questo, sceverato da quanto potrebbe derivare dalla considerazione dell'interesse politico ed individuale, si riduca alle semplici proporzioni volute dalla conservazione giuridica e morale dell'ordine stabilito nello Stato ». Non è sostanzialmente diverso il caso quando si tratta della esecuzione delle sentenze straniere; anche queste sono entità giuridiche tendenti ad operare nello Stato, e tale loro efficacia deve di tanto modificarsi di quanto il diritto pubblico e l'ordine pubblico dello Stato lo esiga. L'ideale delle loro condizioni d'esecutorietà sta dunque in ciò che siano sottoposte alla revisione formale per salvaguardare la potestà giurisdizionale dello Stato dove si vuol eseguirle e per constatare il loro carattere di sentenze, e che la revisione materiale non scomparisca del tutto, ma sia ristretta nelle minime proporzioni richieste dalla tutela del diritto pubblico e dell'ordine pubblico dello Stato.

(1) V. vol. II, pag. 241-3.

807. — Secondo la prevalenza assoluta di uno di quelli elementi o la diversa proporzione nella quale vengono combinati, si possono pure distinguere i varî sistemi che sono attualmente in vigore negli Stati civili. Alcuni di questi limitano la territorialità formale alla revisione formale della sentenza straniera e perciò la riconoscono come tale senza limitare la concessione di esecutorietà alle sole sentenze pronunciate dai proprî magistrati in una controversia dibattutasi davanti a loro, e nel tempo stesso limitano la territorialità materiale alle proporzioni suaccennate, realizzando così il concetto ideale che abbiamo delineato. Altri Stati, che stanno in perfetta contraddizione coi primi, mantengono, secondo l'antica tradizione, una completa territorialità formale e materiale: rispetto alla prima cioè non ritengono salvaguardate le proprie prerogative sovrane mediante la revisione formale della sentenza, ma si attengono all'antico concetto della esclusiva giurisdizione territoriale, non riconoscendo come sentenze se non che quelle pronunciate dai proprî magistrati, ed obbligando perciò chi voglia far eseguire una sentenza straniera a rinnovare l'azione davanti a questi; rispetto alla seconda non ammettono davanti ai proprî magistrati come prova una sentenza straniera, salvo a far applicare da quelli qualche principio di diritto materiale straniero secondo le regole di diritto internazionale privato vigenti nel territorio, e non decampando da tale norma di territorialità se non in virtù di accordi convenzionali. Altri Stati adottano un sistema che potrebbe dirsi di territorialità formale e di personalità materiale, inquantochè non riconoscono la sentenza straniera come tale, sottoponendola a revisione nella forma per concederle poi l'esecutorietà, e non ammettono all'esecuzione se non che le sentenze pronunciate nel territorio costringendo pertanto chi abbia ottenuta una sentenza favorevole all'estero e voglia farla eseguire, a rinnovare l'azione davanti ai magistrati del paese; ma ammettono che in una certa misura davanti a questi la sentenza straniera, quando corrisponda a determinate condizioni, possa venir invocata come prova. In una quarta categoria di paesi vige il sistema del minimo di territorialità formale e di un grado superiore al minimo di territorialità materiale; in quanto alla prima cioè, la sentenza è riconosciuta come tale, e le vien accordata esecutorietà senza bisogno di rinnovare l'azione, ma sottoponendola a controllo nei suoi elementi formali; in quanto alla seconda, la sostanza della sentenza straniera può essere sot-

toposta a revisione per motivi intrinseci e per applicazione di disposizioni di legge territoriali diverse da quelle connesse coll'ordine pubblico e col diritto pubblico dello Stato. Un'ultima categoria di Stati infine proporziona, rispetto all'esecuzione delle sentenze straniere, e l'uno e l'altro degli elementi accennati alla condizione della reciprocità.

808. — Se alla prima categoria appartiene, oltrechè la dottrina di qualche scrittore, anche il diritto positivo di qualche Stato, ne ebbe il merito primamente il nostro legislatore, accogliendo nel codice civile (1) il criterio d'esecutorietà delle sentenze straniere, e nel codice di procedura civile del 1865 il giudizio di delibazione (2) che concilia, nel modo migliore invocato dalla scienza e dall'equità, le prerogative giurisdizionali dello Stato e le esigenze del suo diritto pubblico colla efficacia estraterritoriale delle sentenze. Tali disposizioni che riconoscono la sentenza straniera come tale e la ammettono sotto certe condizioni e nei più larghi limiti possibili alla esecuzione nello Stato, hanno nel codice di procedura, di fronte alle esigenze della società internazionale, un valore analogo a quello che hanno nel codice civile le disposizioni del titolo preliminare. E così quelle come queste si avvicinano tanto ai più retti criteri del diritto internazionale privato e tanto buoni ne sono gli effetti, che vennero da ogni parte lodate, qualche paese s'è già deciso ad imitarle, e non appena venne in discussione, o presso società scientifiche, (3) o fra i governi, (4) uno schema d'accordo internazionale sull'esecuzione delle sentenze furono tosto indicate come la base migliore le disposizioni del codice di procedura italiano. È perciò tanto più importante accennarne l'indole, l'estensione, il valore e le conseguenze.

Anzitutto dalle disposizioni della nostra legge risulta che il controllo della magistratura sedente nel luogo dove vuolsi eseguire una sentenza deve precederne l'esecuzione non già, secondo il vecchio sistema francese, quando quella sia stata pronunciata in un'altra giurisdizione soggetta al medesimo sovrano, ma soltanto quando provenga da territorio straniero. Così secondo la legge consolare (5) gli atti fatti e le sentenze pronunciate nel regno non abbisognano, per essere ammessi negli uffici consolari, senonchè della

(1) Art. 10. — (2) Art. 941 e segg. — (3) Vol. II, pag. 78, 79.
(4) Vedi *Libro Verde* citato. — (5) Art. 179.

legalizzazione del ministero degli esteri o dei funzionari da esso a ciò delegati; e gli atti e le sentenze consolari possono venire ammessi dalle autorità del regno, quando prima siano stati nello stesso modo legalizzati.

Apparentemente analogo, ma sostanzialmente diverso è il caso delle sentenze straniere che risolvano questioni relative agli attitudini personali; anche queste infatti possono spiegare una certa efficacia nel Regno senza il bisogno di un giudizio di delibazione, ma tale efficacia è loro attribuita in quanto non debbano importare atti esecutivi nel territorio, chè nei riguardi di questi abbisognerebbero della dichiarazione d'esecutorietà come qualunque altra sentenza straniera. In questo senso possono venir presi davanti ai tribunali senz'altro in considerazione la sentenza straniera che attribuisce a taluno la qualità di figlio legittimo, (1) o quella che dichiara interdetto uno straniero citato davanti ai tribunali dello Stato per rispondere d'una obbligazione contratta dopo quella dichiarazione; (2) od il provvedimento d'autorità straniera che incarica taluno della liquidazione d'una casa di commercio, in quanto lo si invochi per autorizzare a stare in giudizio chi lo presenta. (3) Sicchè si può dire che la sentenza straniera relativa alle attitudini della persona, spiega in Italia la propria efficacia; ma non vi si trova per questo in condizioni diverse dalle altre sentenze in quanto importi esecuzione materiale od atti coattivi; bensì tali sentenze sono per sè stesse riconosciute in virtù degli articoli del titolo preliminare che permettono allo straniero d'essere regolato dalla propria legge nazionale; ed hanno nel nostro paese il valore di prova dello stato e della capacità dello straniero. (4)

809. — Rispetto a sentenze d'altra indole o pronunciate in determinate condizioni, è contestato se debbano o non debbano venir sottoposte al giudizio di delibazione prima di essere eseguite. Così avviene quando, fra il momento in cui viene pronunciata la sentenza e quello in cui se ne domanda l'esecuzione, avviene un mutamento di sovranità nei rapporti dell'uno verso l'altro paese.

Può avvenire che una sentenza emanata da un tribunale straniero in una provincia che al momento del giudicato apparteneva ad

(1) Temi Veneta, 1885, pag. 1-5. — (2) Gianzana. l. c., I, 3, pag. 139.

(3) Legge, 1885, pag. 553, 4. Corte di cass. di Torino. 22 Dicembre 1884, Piaggio c. Dacier.

(4) Gianzana. I. 3, pag. 141, e Temi Veneta. 1885, pag. 1-5.

uno Stato forestiero, debba eseguirsi nella provincia stessa od in un'altra parte del nostro Stato dopo che quella provincia sia stata annessa al nostro territorio. (1) In tal caso, mentre il Saredo, il Ricci, il Cuzzeri, il Gianzana ed il Daguin (2) (quest'ultimo nel caso di esecuzione in quella stessa provincia) badando allo stato di sovranità nel momento in cui si domanda l'esecuzione, negano che siavi bisogno di dichiarazione di esecutorietà, lo Scialoja, il Borsari, il Fiore (3) ed il Daguin (quest'ultimo nel caso di esecuzione in altre parti dello Stato annettente), (4) badando allo stato di sovranità al momento di origine della sentenza, lo affermano; il Mattirolo adduce per quest'ultima soluzione un argomento dedotto dall'analisi dei criteri informatori del giudizio di delibazione. Quando trattasi di eseguire una sentenza pronunciata in paese che sia straniero così nel momento d'origine della sentenza come in quello della sua esecuzione, quel giudizio è reso necessario dal motivo giuridico d'impedire eventualmente l'esecuzione di un giudicato contrario all'ordine ed al diritto pubblico del Regno, e dal motivo politico d'impedire che in nome di un'autorità straniera si proceda ad atti di esecuzione forzata nel nostro territorio senza una previa autorizzazione dei magistrati nazionali. (5) Di tali due motivi nel caso suaccennato sussiste pur sempre il primo, il quale è ben sufficiente a render necessario che l'esecuzione sia preceduta e subordinata ad un giudizio di controllo.

Quanto agli effetti della sentenza che, pronunciata in una provincia di uno Stato, vogliasi far eseguire nel territorio di questo dopochè quella provincia ne sia stata divisa per essere riunita ad altro Stato o per formare uno Stato indipendente, il Saredo, il Borsari, lo Scialoja, il Fiore, (6) il De Rossi ed il Daguin, (7) badando al loro carattere originario di sentenze nazionali, negano il bisogno del giudizio di delibazione; il Cuzzeri ed il Gianzana, tenendo conto dello stato di sovranità al momento dell'esecuzione, ritengono necessario in tal caso, come per una sentenza straniera, il giudizio di delibazione. Il Mattirolo giunge pure alla medesima conclusione perchè, delle due ragioni da lui prima accennate di

(1) Mattirolo, l. c., pag. 744-6. — (2) Pag. 375, 376.

(3) Fiore, l. c., pag. 208. — (4) Pag. 376, 377.

(5) Mattirolo, l. c., pag. 748 e n. giurisprudenza conforme; e Fiore, pag. 209, n. giurisprudenza contraria.

(6) Pag. 213. — (7) Pag. 379, 380.

tale giudizio, in questo caso pur sussiste quella politica la quale non consente che, in nome di una sovranità estera, si venga ad atti di esecuzione nel regno. (1)

È pur contestato il bisogno dal giudizio di delibazione per l'esecuzione di sentenze pronunciate nel territorio di uno Stato belligerante durante l'occupazione bellica, rispetto alle quali per fare retto giudizio è opportuno tener presente l'indole della occupazione militare e distinguere la situazione giuridica da quella di fatto dei paesi occupati da truppe nemiche durante le ostilità. In quanto si riferisce ad amministrazione ed a polizia lo stato di occupazione importa la sospensione delle autorità regolari e la loro sostituzione coll'autorità dell'occupante, sicchè vi è la parvenza d'un mutamento intermittente della sovranità, mentre questa, fino alla stipulazione del trattato di pace, resta immutata; e la giurisdizione civile e penale deve seguire il suo corso regolare in quanto il contrario non sia imposto in modo assoluto da necessità politiche o militari. (2) Se l'occupante si è voluto attenere a queste norme e la necessità non lo ha obbligato ad allontanarsene, sia istituendo tribunali speciali, sia obbligando quelli esistenti al giuramento ed alla pronunciazione delle sentenze nel suo nome, ed all'applicazione delle sue leggi, quando il territorio occupato torni, al finir della guerra, in potere dell'antecedente sovranità, le sentenze pronunciatevi nell'intervallo saranno senz'altro esecutorie, e per lo stesso motivo se il trattato di pace attribuisca all'occupante la sovranità di quel territorio quelle sentenze avranno bisogno del giudizio di delibazione per essere eseguite. (3) Quando invece l'occupante non abbia potuto o voluto uniformare la propria condotta al carattere provvisorio della occupazione bellica, allora si

(1) Mattirolo, l. c., pag. 748-751.

(2) Bluntschli, art. 543, 5, 7.

(3) V. art. 3 della convenz. addiz. dell'11 dic. 1871 al trattato di pace franco-germanico: « 1. que tout jugement prononcé par les tribunaux français autre citoyens français, et ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant le 20 Mai 1871 sera considéré comme définitif et executoire de plein droit dans les territoires cedés; 6. qu'en ce qui concerne les procedures d'appel et les pourvois en cassation regulièrement engagés avant le 20 Mai 1871. ils seront vidés par les tribunaux qui s'en trouvent saisis, à moins que par suite de la nouvelle démarcation des frontières respectives. les parties en cause ne se trouvent toutes deux soumises en matière personnelle à la competence des tribunaux du même état. *Archives de Dr. Int.*, pag. 64, 5.

adotta generalmente la soluzione inversa, cioè se il territorio occupato torna in potere del suo antecedente possessore, questo dovrà sottoporre quelle sentenze al previo giudizio di delibazione, mentre tale giudizio non sarà necessario, nel caso di attribuzione definitiva di sovranità all'occupante, per l'esecuzione di quei giudicati nel territorio di questo dopo il trattato di pace, quando l'occupazione bellica si fosse trasformata, sia pure arbitrariamente, prima della fine della guerra in esercizio di sovranità. (1)

Nel caso di occupazione bellica anormale dopo la quale avvenga la retrocessione del territorio occupato, il Daguin (2) giunge ad una soluzione rigorosamente negativa, non ammettendo quelle sentenze nemmeno al giudizio di delibazione e considerandole nel territorio retrocesso e nelle altre parti dello Stato reintegrato, come nulle e non avvenute. « Qu'on nous accuse, egli dice, si l'on veut, de chauvinisme et d'éxagération; nous proclamerons .... qu'il ne s'agit plus ici d'une simple décision étrangère, mais d'un jugement prononcé par des magistrats incompétents *ratione loci*. Investis du pouvoir de juger par un gouvernement qui n'avait aucun droit de souveraineté sur le territoire envahi, on peut dire qu'ils ont usurpé les fonctions des tribunaux nationaux en vertu d'un acte de violence; dès lors, leurs jugements n'ont pas plus de valeur que ceux qui pourraient être rendus par un particulier n'ayant reçu aucun mandat à cet effet ». Non può negarsi che, prescindendo dal paragone improprio dei giudici istituiti dal belligerante con un qualunque privato, la soluzione del Daguin sia degna di approvazione secondo il rigore dei principî; però un motivo di equità e di opportunità milita in favore della soluzione più generalmente adottata, e consiglia ad omettere ogni esame della legittimità od illegittimità della occupazione, piuttostochè annullare durante un dato periodo l'amministrazione della giustizia che è il primo bisogno dei popoli. (3) E con tanta maggior sicurezza si possono assimilare quei giudicati alle sentenze straniere, inquantochè anche le legislazioni più liberali rispetto all'esecuzione di queste pur ammettono quel tanto di revisione materiale bastante a salvaguardare i principî fondamentali della propria legislazione politica e civile.

(1) Mattirolo, l. c., pag. 751-3, Moreau, l. c., pag. 76.

(2) Daguin, l. c., pag. 372-4.

(3) C. di Bastia, 3 Gennaio 1824; corte di cassazione fr., 6 Aprile 1826, ap. Daguin, l. c.

810. — Oltre a tali contestazioni che possono derivare dal dubbio circa il carattere di sentenza estera della decisione che si tratta di eseguire, altre possono derivare dal dubbio circa il suo carattere di sentenza in genere ed in ispecie di sentenza suscettibile d'esecuzione. Così è delle decisioni di arbitri rispetto alle quali si sostiene da molti che, se la legge del luogo nel quale la decisione venne pronunciata impone l'arbitramento ai litiganti, esse debbano venire assimilate a sentenze, e sottoposte come tali al giudizio di revisione, mentre se il compromesso fu spontaneamente pattuito fra i litiganti, la decisione degli arbitri debba rivestire il carattere di un atto privato straniero. (1) Parmi però preferibile, specialmente dal punto di vista della nostra legge, la distinzione fatta dal Mattirolo. (2) È una regola comune nel diritto moderno che la sentenza degli arbitri, per acquistare, nello Stato dove è emanata, forza eguale a quella di una sentenza, deve essere munita di un atto d'autorizzazione rilasciato da un magistrato; sicchè quella sentenza deve ritenersi bensì dovunque un atto privato finchè non sia stata munita dell'autorizzazione d'esecutorietà nello Stato nel quale fu profferita, ma, quando abbia ricevuta tale esecuzione, diventa, in virtù di quest'ultima, una vera sentenza; e perciò dovrà ammettersi all'esecuzione richiedendovisi la concorrenza delle stesse condizioni intrinseche ed estrinseche e sottoponendola all'esame della stessa autorità indicata dalla legge per le sentenze straniere.

Un altro dubbio può sorgere rispetto alle sentenze interlocutorie. Quando queste, senza toccare nè direttamente nè indirettamente il merito della causa principale, risolvono un punto controverso di forma e di procedura, o risolvono una questione incidente che non tocca direttamente nè pregiudica la questione di merito, non sono suscettibili di esecuzione materiale e forzata in un territorio diverso da quello dove furono pronunciate, e non occorre quanto ad esse l'exequatur per accordare loro una forza esecutiva che non sono destinate a spiegare nel territorio. (3) Quando una sentenza interlocutoria provveda al compimento d'un atto di procedura che debba eseguirsi fuori dello Stato, si distingue per

(1) Fiore, pag. 252, 3. Fusinato, pag. 128, 9.
(2) Mattirolo, l. c., pag. 820, 1.
(3) Mattirolo, l. c., pag. 824, 5.

più rispetti dalle sentenze di cui si domanda l'esecuzione in un altro Stato: (1) anzitutto vi manca sovente il carattere e la forma di sentenza, ma è talora un'ordinanza, talora un decreto, e vien designata col nome generico di provvedimento; l'atto di cui essa implica la esecuzione, essendo soltanto preparatorio d'un giudizio futuro, non ne risulta necessario, come per l'esecuzione delle sentenze, un vero giudizio di revisione, e finalmente essa implica, da parte delle autorità del paese dove se ne domanda l'esecuzione, non già una applicazione indiretta, ma una applicazione diretta del diritto d'un altro Stato. (2) Finalmente le sentenze interlocutorie possono essere provvisionali, statuire cioè sopra domande incidenti di provvedimenti interinali o conservatori chiesti da una parte con opposizione dell'altra: ed in tal caso esse devono equipararsi, nei riguardi della loro esecuzione all'estero, alle sentenze definitive. (3) Tale è pure la soluzione adottata dal Fiore, (4) il quale sostiene che una sentenza che non abbia deciso circa l'oggetto principale pel quale fu introdotto il giudizio, ma obblighi una parte a dare o fare qualche cosa, debba considerarsi equipollente alle sentenze definitive ed essere assimilata a queste rispetto alle condizioni richieste per produrre effetti in altro territorio.

811. — Rispetto alla distinzione fra efficacia esecutiva e valore di cosa giudicata, non manca in Italia chi si rifiuta a farla, e ritiene necessaria per l'esistenza così dell'una come dell'altra la concessione di esecutorietà. Così il Gianzana non ravvisa (5) nella sentenza straniera per se stessa nè la forza di eccezione di cosa giudicata nè quella di eccezione di litispendenza, e tale principio fu pure affermato dalla corte di cassazione di Firenze il 15 Giugno 1875. (6) Le autorità della dottrina e della giurisprudenza però stanno nella loro maggioranza per la soluzione contraria. Così il Fiore (7) ritiene che, senza far distinzione fra cittadini e stranieri, si possa, senza che ne sia offesa la indipendenza degli Stati, fondare sulla sentenza straniera la eccezione di cosa giudicata e servirsene come di titolo valido per procedere ad atti con-

(1) Mattirolo, pag. 827-9. — (2) V. cap. anteced.
(3) Mattirolo, pag. 824, 833, 4.
(4) Fiore, Sentenze civili, pag. 259-261.
(5) Gianzana, I. 3 pag. 140, 151-3.
(6) *Annali* 1883, 1, 1. pag. 413-419. — (7) Fiore, l. c., pag. 72. 3.

servativi. (1) Il Martens ravvisa in tale riconoscimento indipendente dalla dichiarazione d'esecutorietà un obbligo degli Stati. « Nier cette obbligation, egli dice, c'est nier l'existence du droit international privé ». (2) Il Mattirolo (3) pure ritiene che, quando non occorra l'intervento della forza, ossia il braccio dell'autorità locale, il giudicato straniero esista e possa produrre i suoi effetti senza bisogno di alcun giudizio di delibazione, ed a tale opinione sottoscrive anche il Fusinato. (4) In questo senso giudicarono la corte di cassazione di Torino, (5) e la corte d'appello di Messina; quest'ultima facendo dipendere l'autorità di cosa giudicata della sentenza straniera dal riconoscimento dell'esistenza di un contratto giudiziario intervenuto fra le parti. (6)

La stessa corte di cassazione di Firenze modificò la sua antecedente giurisprudenza, (7) e la corte d'appello di Lucca (8) formulava diffusamente ed in forma molto chiara la soluzione ora prevalente. Il convenuto impugnava l'efficacia giuridica di cosa giudicata che voleva attribuirsi a sentenze pronunciate nel cantone di Zurigo, sostenendo che, in un giudizio istituito fra le medesime parti nel Regno, quelle non potessero generare la eccezione di cosa giudicata fino a che non fossero state dichiarate esecutorie. La corte respinse le sue pretese e ritenne che « il principio secondo il quale una cosa definitivamente giudicata non possa più venir di nuovo portata a giudizio ,... fa sì che la sentenza, in quanto riflette l'interesse delle parti private, non riceva alcun vincolo o limitazione dal territorio in cui fu pronunciata e senza offesa dell'indipendenza degli Stati possa perciò farsi valere dovunque ». La corte di Lucca non invocò precipuamente come quella di Messina il contratto tacito giudiziario, argomento debole in ogni caso, ed insostenibile quando il giudizio abbia avuto luogo nella contumacia di una delle parti, ma argomentò dall'esame dell'indole stessa della sentenza e da quello delle disposizioni sancite dalla nostra legge. Circa la prima ritenne che, in

(1) L. c., pag. 170, 1. — (2) Martens, op. cit., vol. II, pag. 474, 5.
(3) L. c., pag. 730-2. — (4) Fusinato, l. c., pag. 121-7.
(5) 23 ott. 1882, Marini e c. c. Calcagno, *Annali*, 1883, I, 1, pag. 413-9.
(6) Buscemi, Comunicazione nel *Journal de Dr. Int. Privé.*, 1885, pagine 453, 454.
(7) *Annali* 1885, I, 1, pag. 67–71.
(8) *Annali* 1885, III, pag. 408–427; 4 Agosto 1885, Trafford c. Blanc.

quanto contiene la soluzione del litigio, la sentenza straniera attinga la propria autorità nel diritto di giurisdizione del magistrato; e che l'eccezione di cosa giudicata trovi, rispetto ad essa, la propria giustificazione nella necessità di ordine pubblico di evitare la moltiplicità e la contrarietà delle sentenze sullo stesso argomento. Quanto alla seconda invocava le disposizioni dei nostri codici (1) che sottopongono a condizioni di revisione la esecuzione, e non l'autorità delle sentenze straniere; che autorizzano (2) la trascrizione delle sentenze straniere come tali sotto la sola condizione che siano debitamente legalizzate; e che sottopongono specialmente alla condizione d'esecutorietà, (3) l'attitudine delle sentenze straniere di produrre ipoteca sui beni situati nel Regno.

Il Chrétien, (4) nel rendere conto di questa sentenza e nell'approvarne la soluzione dal punto di vista dei vantaggi pratici, la critica da quello della giustificazione teorica. Egli ritiene infatti inconciliabile l'autorità, indipendente da condizioni di revisione, della sentenza straniera, col principio dell'indipendenza e della sovranità reciproca degli Stati, poichè il giudice trae ogni proprio potere dalla sovranità del paese cui appartiene, e riconoscere in un altro Stato le sue decisioni equivale ad accettare senz'altro l'espressione di volontà della sovranità straniera. Però, quantunque, dal punto di vista teorico, tali argomenti siano meritevoli di approvazione ed inducano a ritenere insussistente la qualità di cosa giudicata nelle sentenze straniere non dichiarate esecutorie in ogni paese dove la legge loro espressamente non la conceda, la soluzione diversa risulta chiaramente adottata dalle disposizioni delle leggi italiane; e queste sono giustificate, come ogni altra concessione limitante l'esercizio assoluto della sovranità nel campo del diritto internazionale privato.

812. — L'esecuzione di una sentenza straniera può essere richiesta in Italia o direttamente da una parte, oppure in via diplomatica, (5) mediante commissione rogatoria inviata dall'autorità che

(1) Art. 10, prelim. c. c.; art. 941, cod. proc. civ.

(2) Art. 1935, cod. civ.

(3) Art. 1973, cod. civ. V. critiche del Pescatore e del Mattirolo a questa disposizione, Mattirolo, l. c., pag. 732, 3.

(4) Chrétien. De l'autorité des jugements etr. d'après la jurisprud. it. *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1886, pag. 667-676.

(5) Cod. di proc. civ. art. 942.

ha emanata la sentenza. Nel primo caso la parte che promuove il giudizio deve presentare la sentenza in forma autentica; (1) perciò l'autorità giudiziaria non è obbligata a deferire alla traduzione somministrata da una delle parti: (2) ma si ha per autentica la traduzione italiana della sentenza quando proviene da un consolato italiano (3) e si sia fatta precedere la presentazione dalla legalizzazione prescritta dalle nostre leggi. (4) Nel secondo caso, quantunque la legge non escluda l'obbligo della presentazione della sentenza in forma antentica, pure alcune magistrature, e fra queste la corte di cassazione di Firenze, (5) ritennero che la solennità di quella forma di richiesta supplisca esuberantemente alle altre misure ordinarie dirette ad assicurare l'autenticità della sentenza. Siccome poi nel nostro paese avviene soltanto in via subordinata la revisione della sentenza considerata nella sua sostanza, così non è necessario unire alla sentenza in forma autentica anche gli atti ed i documenti della causa, la presentazione dei quali potrà essere domandata dal giudice cui vien domandata l'esecuzione nel caso che lo reputi necessario. (6) Il diritto di questo magistrato di rivedere la sostanza della sentenza straniera in quanto lo richieda la tutela del diritto pubblico e dell'ordine pubblico del regno è infatti del tutto salvaguardato da quella facoltà nei riguardi dello Stato ch'esso rappresenta.

Ma mentre vi sono due vie per richiedere l'esecutorietà d'una sentenza straniera, uno solo è il modo di iniziare il giudizio in seguito al quale dev'essere deliberato circa la concessione od il rifiuto dell'esecutorietà; quello cioè della citazione degli interessati: se infatti l'esecuzione non implicasse se non una revisione puramente formale nei riguardi della giurisdizione, la sua domanda costituirebbe un rapporto fra Stati e potrebbe avvenire anche per via di ricorso; ma, siccome la revisione formale implica, oltrechè

(1) Art. 942, cod. di proc. civ.

(2) *Annali* 1885, III, pag. 408–427 corte d'app. di Lucca, 4 Agosto 1885, Trafford c. Blanc.

(3) C. di cass. di Firenze, 19 Marzo 1883, Ciconi c. Schwarz, *Annali* 1883, I, 1, pag. 213–5.

(4) Legge consolare, art. 179, — (5) *Annali* 1883, I, 1, pag. 213.

(6) Corte d'Appello di Torino, 27 Aprile 1880, Palandri c. Lauthier, Fôro italiano, 1880, I, 492, e c. d'app. di Genova, 26 Giugno 1886, *Annali*, 1886, III, pag. 340–2. Lespardu c. Compart.

la demarcazione fra le due giurisdizioni, l'esame del modo secondo il quale fu fatta valere la giurisdizione straniera nei riguardi delle parti, così, anzichè il ricorso della parte o la domanda scambiata fra autorità giudiziarie, sarà necessaria la forma della citazione. (1) Perciò, se la domanda è fatta da una parte, questa deve promuovere il giudizio con citazione in via sommaria degli interessati; e se la richiesta è fatta nelle vie diplomatiche, il procuratore che sia stato costituito dalla parte interessata o, se questa non lo abbia costituito, quello nominato d'ufficio dal magistrato cui l'esecuzione è richiesta, deve promuovere nelle stesse forme il giudizio in nome di quella. (2)

Mentre nella maggior parte degli Stati il magistrato competente ad esaminare la sentenza straniera è il tribunale di prima istanza, nel nostro paese è competente la corte d'appello nella cui giurisdizione deve essere eseguita la sentenza. (3) Tale attribuzione di competenza è un risultato del carattere riconosciuto nel giudizio di delibazione nel nostro paese; siccome trattasi, piuttostochè di un nuovo giudizio, d'un controllo del giudizio avvenuto all'estero, e siccome non deve approdare ad una sentenza, ma ad un decreto di applicazione d'una sentenza riconosciuta essenzialmente come tale anche prima di applicarla, così non è necessario mantenere i gradi di giurisdizione istituiti quanto alle sentenze propriamente dette emanate nello Stato; l'essere poi attribuito il controllo alla magistratura di appello non è in contraddizione col carattere di revisione nella forma e nella sostanza che è proprio del giudizio di delibazione; anzi deriva dal carattere sostanziale di tale giudizio che è quello di appello dai giudici esteri ai giudici nazionali « se non pieno ed assoluto come gli appelli ordinari, almeno di natura speciale e limitato ai punti di più grave momento segnati dall'articolo 941 del codice di procedura civile ». (4)

813. — La prima condizione che la nostra legge esige nella sentenza straniera è che sia stata pronunciata da un'autorità giudiziaria competente; (5) ma siccome non è enunciato nel codice di procedura se, quanto a questa competenza, debba prevalere il cri-

(1) Fiore, Sent. civ. pag. 275-7. — (2) Cod. di proc. civ. art. 942.

(3) Cod. di proc. civ. art. 941, vedi critica del Fiore, l. c., pag. 279.

(4) Corte di cassazione di Firenze; 23 Dicembre 1867, *Annali*, 1867, 1, 1, pag. 35.

(5) Art. 941, 1.°, c. proc. civ.

terio territoriale a quello estraterritoriale, così è necessario indagare quale parte sia fatta in altre disposizioni di legge e nella pratica all'uno ed all'altro elemento, quando cioè si giudichi della competenza secondo le leggi nostre, e quando secondo quelle del paese da cui proviene la sentenza. Ora l'articolo 10 del titolo preliminare del codice civile, disponendo che la competenza e le forme dei procedimenti sono regolate dalla legge del luogo dove segue il giudizio, impone implicitamente alla corte d'appello di applicare nel giudizio di delibazione, quanto alla competenza, le leggi dello Stato dove la sentenza fu pronunciata; ed a questa soluzione si uniforma di regola la giurisprudenza. (1)

In via eccezionale però, anche in questo primo punto dell'esame formale della sentenza straniera, prevale il criterio territoriale, ritenendosi di ordine pubblico le norme vigenti a tale proposito nel territorio. Può darsi che in una determinata materia la competenza si ritenga strettamente collegata collo statuto personale e che, ritenendosi come suddita la parte in confronto della quale la sentenza fu pronunciata, così nel paese della sentenza come in quello dell'esecuzione, si opponga in questo un motivo indeclinabile al riconoscimento ed alla esecuzione della sentenza stessa. In tale senso giudicò la corte d'appello di Napoli (2) rifiutando l'esecuzione ad un'ordinanza di magistrati inglesi che aveva per obbiettivo di far cessare gli effetti della patria potestà a danno di una madre già inglese, ma ridivenuta nell'intervallo italiana. In un caso analogo può essere negato riconoscimento alla competenza d'autorità straniere rispetto a società quando siavi divario circa la nazionalità di queste fra le leggi dei due paesi. In tali condizioni nel dicembre del 1882 fu domandato davanti la corte d'appello di Milano l'exequatur d'una sentenza dell'alta corte inglese che poneva in istato di fallimento una società costituita in Inghilterra ma avente lo scopo delle sue operazioni e l'unico suo stabilimento in Italia. La corte rifiutò l'exequatur perchè, quantunque, secondo la legge inglese, quella società fosse inglese, era, secondo il diritto italiano, (3) italiana, e perciò non poteva ritenersi (4) come

(1) Corte d'app. di Genova, 26 Giugno 1886, Lesparda c. Compart. *Annali*, 1886, III, pag. 340-2.

(2) Legge, 1886, I, pag. 18-21; 25 Marzo 1885; Bingon e Alexander c. Settanni.

(3) Art. 230, cod. di comm. — (4) Art. 846, c. di comm.

competente senonchè il tribunale nel distretto del quale trovavasi la sede effettiva della società. (1)

Inoltre da molti si ritiene che non si possano riconoscere quelle competenze eccezionali straniere sancite collo scopo di distrarre a favore dei propri nazionali un suddito dalla giurisdizione del proprio Stato. (2) Tale è il caso dell'articolo 14 del codice francese che ritiene competenti i magistrati francesi in confronto di stranieri in conseguenza soltanto della nazionalità francese dell'attore. (3) Il Mattirolo però critica tale eccezione alla regola sancita dall'articolo 10 del titolo preliminare, e mentre non la trova giustificabile nè col principio della tutela dei propri sudditi nè con quello della tutela dell'ordine pubblico, la ritiene in contraddizione colla lettera della legge e coi trattati. (4) E, come accennai, mentre d'un lato i tribunali francesi cominciano (5) a riconoscere in casi analoghi la competenza eccezionale dei tribunali italiani sancita rispetto a convenuti francesi dall'articolo 105, 3° del codice di procedura civile, dall'altro qualche tribunale italiano comincia a riconoscere anche in questi casi le regole eccezionali di competenza del diritto francese; e la giurisprudenza che fino ad ora si pronunciava concorde negativamente, ora è contradditoria. (6)

Per ultimo può avvenire che quando si domanda l'esecutorietà di un giudicato straniero davanti ad un tribunale italiano, questo sia investito della decisione della medesima controversia. In tal caso deve ammettersi egualmente la sentenza straniera al giudizio di delibazione nel quale risulterà respinta se il magistrato straniero non era competente, oppure dovrà ritenersi una presunzione assoluta di competenza a favore del magistrato italiano, così che il giudizio di delibazione non possa nemmeno iniziarsi? Le soluzioni

(1) Corte d'App. di Milano, 30 Nov. 1883, Rassegna di diritto commerciale, 1883, pag. 344.

(2) Foelix, n.° 321. — (3) V. vol. II, pag. 235-8.

(4) Mattirolo, pag. 785-799, e pag. 801-4.

(5) V. Vol. II, l. c.

(6) Corte d'appello di Torino, 16 Luglio 1886. Van Lee c. Berrino, *Annali* 1886, III, pag. 381-4, respinse la domanda di esecuzione di una sentenza pronunciata in tali condizioni considerando la disposizione dell'articolo 14 del codice civile francese « come un puro privilegio a danno degli stranieri ed esorbitante e contrario alle norme comunemente riconosciute di competenza tanto secondo il diritto pubblico interno dello Stato, quanto secondo il diritto internazionale ».

di tale questione sono disformi; secondo alcuni (1) se il tribunale straniero fu investito prima del nostro è fuori di dubbio che non si potrà sospendere il giudizio di delibazione; secondo alcuni, anche quando il tribunale straniero sia stato investito dopo del nostro ma abbia giudicato prima, non esiste una buona ragione per sospendere quel giudizio. (2) Secondo il Mattirolo, (3), siccome la « litispendenza opera soltanto nell'interno del territorio di ogni Stato, avverrà che, pendendo davanti ai nostri tribunali la causa identica che venne decisa dalla sentenza estera, a questa non potrà venir concessa l'esecutorietà perchè, in caso di contraddizione dei giudicati, l'esecuzione di quello profferito dai tribunali italiani non trovi ostacolo nell'altro contrario emanato da tribunali stranieri ».

La corte d'appello di Torino (4) decise che, nel caso che il giudizio sia stato introdotto davanti al magistrato italiano prima che davanti a quello straniero, si debba sospendere la delibazione finchè siasi decisa la questione di competenza; e la corte di cassazione di Firenze decise (5) che la pendenza di un giudizio davanti ai magistrati italiani non impedisce che si accordi esecuzione alla sentenza di un tribunale italiano allorchè il giudizio innanzi ai giudici locali si introdusse dopo che fu proposto davanti al tribunale straniero. È quest'ultima pare in ogni caso la soluzione migliore: infatti, quanto alla competenza, anche le disposizioni eccezionali della nostra legge vengono salvaguardate dal giudizio di delibazione, senza che vi sia bisogno per ciò in questo caso di attenersi ad una assoluta presunzione di competenza; e, quanto al rispetto dei giudicati nazionali, si può osservare che non ha ragione di esistere finchè sta elaborandosi ma non è ancora pronunciato il giudicato che deve esserne oggetto.

814. — Oltrechè servire a verificare la competenza dell'autorità giudiziaria straniera, l'esame formale della sentenza deve riferirsi a questa considerata nella sua genesi e nella sua forma definitiva. Dal primo punto di vista deve esaminarsi se sia stata pronunciata dopo citate regolarmente le parti, e se queste siano

(1) Cuzzeri Comm. di proc. civ. vol. III. pag. 746. Gianzana l. c., I, 3, pag. 59, 60.

(2) Gianzana, pag. 60-3. — (3) Mattirolo, l. c., pag. 800.

(4) 12 Marzo 1875, *Annali,* 1875, 2, 247.

(5) 19 Marzo 1883, Ciconi, c. Schwarz, *Annali*, 1883, I, 1, pag. 213-5.

state legalmente rappresentate o legalmente contumaci; e, tanto rispetto all'uno quanto rispetto all'altro elemento, devesi procedere nel controllo secondo le norme vigenti nel paese d'origine della sentenza e ritenendo perciò valida quest'ultima quando, sotto quei due rispetti, il giudice siasi informato alla legge vigente nel proprio territorio. La regolarità della citazione pertanto, in quanto riguarda così la forma dell'atto come per la sua notificazione ed il termine assegnato a comparire, deve essere giudicata secondo le leggi del luogo nel quale la sentenza dei giudici stranieri viene pronunciata. Sicchè anche la citazione in Francia di un italiano non residente in quello Stato fatta regolarmente secondo la legge francese mediante la notificazione dell'atto al pubblico ministero, dovrà ritenersi citazione regolare anche in Italia. (1) Il Fiore critica tale soluzione, (2) ma nel diritto vigente essa risulta da disposizioni di legge che non ammettono dubbio. (3)

A tale regola, si dovrebbe fare una eccezione non riconoscendo la validità estraterritoriale della citazione quando il riconoscimento di questa implicasse misconoscimento d'una norma di diritto nostro relativa allo stato ed alla capacità personale. Così anche quando la legge del luogo in cui la sentenza fu pronunciata permetta la citazione in giudizio di chi è minore secondo la nostra legge, questa rimane imperativa così da impedire al giudice italiano di accordare esecuzione nel regno a sentenza estera pronunciata contro un individuo che, trovandosi in quelle condizioni, non sia stato citato nella persona di chi legittimamente lo rappresenta. (4)

Egualmente la legalità della rappresentanza o della contumacia delle parti deve giudicarsi secondo la legge del luogo dove è se-

(1) Mattirolo, pag. 773-6. La Corte d'app. di Genova, 26 Giugno 1886, Annali 1886, pag. 340-2, ritenne legale la citazione fatta in Francia di un residente in Italia fatta nei modi, prescritti dalla legge francese, cioè mediante notificazione di copia dell'atto al procuratore della repubblica, anche se poi non ne fosse stata trasmessa copia al ministero degli esteri come pure impone lo stesso art. 69 del codice di procedura civile fr.: ritenendo che in tal caso la parte avesse fatto quanto le era imposto per rendere secondo la legge fr. regolare la citazione.

(2) Fiore, pag. 156, 7.

(3) C. c. art. 10 prelim.; cod. proc. civ. art. 941, 2.°

(4) Corte d'app. di Milano, 4 Marzo 1884, Seelhoffer c. Frigerio, Annali 1884, III. pag. 391-3.

guito il giudizio. Nè si fa propriamente un'eccezione a questa regola quando si nega dai nostri tribunali l'esecuzione d'una sentenza straniera pronunciata contro un italiano contumace che venne condannato soltanto perchè fu contumace; (1) poichè in tal caso non si rifiuta l'esecuzione perchè non si riconosca la regolarità della contumacia, ma perchè si ritiene contraria al nostro diritto pubblico la conseguenza che la legge e la magistratura straniera fecero derivare dalla contumacia; e vien pertanto rifiutata l'esecuzione della sentenza, non già per un motivo formale, ma per un motivo sostanziale.

815. — In quanto al giudicato considerato come completo nei suoi caratteri esteriori, la sua indole volontaria o contenziosa (2) e la sua qualità di sentenza capace di esecuzione sono determinati dalla legge del giudice che lo ha pronunciato. (3) Così una sentenza straniera della quale si domandasse l'esecuzione in Italia non dovrebbe essere dichiarata esecutoria dal giudice quando avesse cessato d'essere capace di esecuzione nel paese dove fu pronunciata. In Francia per esempio (4) le sentenze contumaciali che non fossero eseguite nei sei mesi dal giorno della loro emanazione, si hanno come non profferite; ed in tali condizioni una sentenza contumaciale francese non potrebbe ottenere esecutorietà in Italia. (5) Però in certi casi deve prevalere anche in ciò il criterio territoriale: quando cioè nel giudicato del quale si domanda l'esecuzione mancasse qualche elemento essenziale della sentenza ed indispensabile alla stessa revisione formale cui si deve procedere. Per tal motivo una sentenza straniera del tutto mancante di motivazione non potrebbe eseguirsi; ma quando si presentasse per l'esecuzione la sentenza di un magistrato di appello il quale abbia riferito testualmente i motivi dei primi giudici e dichiarato di adottarli nella loro integrità, non si dovrebbe ritenere la sentenza come mancante di motivazione. (6)

(1) Annali, 1888, III, pag. 127. — (2) C. di cass. di Napoli, 13 Giugno, 1884, Bingon e Alexander c. Settanni, Legge, 1885, I, pag. 11-15.

(3) Mattirolo, pag, 752-8. — (4) Cod. di proc. civ. fr. art. 159.

(5) Corte d'app. di Catania, Gleizer c. Fischetti, Legge 1885, I, pag. 456-8. Corte di cassazione di Firenze 15 Maggio 1876, Alvisi c. Manier, Legge. 1880, I, pag. 197.

(6) Corte di cass. di Torino 29 Dicem. 1883, Ascenso c. Orengo, Legge, 1884, vol. I, pag. 514-6; *Annali* 1884, I, pag. 87-90.

816. — Quanto al controllo materiale della sentenza straniera, esso è reso necessario dalla disposizione (1) che impone al giudice, cui si domanda la dichiarazione di esecutorietà, di verificare se la sentenza non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico ed al diritto pubblico del regno. Ma lo stesso tenore di tale disposizione mostra come il giudizio di delibazione del nostro diritto sia assolutamente diverso da un giudizio di revisione propriamente detto, e come il controllo materiale sia contenuto nei minimi limiti resi necessarî dalla tutela dal diritto fondamentale dello Stato. Per tal guisa il controllo della sentenza straniera ha un carattere esclusivamente negativo; il magistrato nostro può ed in certi casi deve negare l'exequatur, ma esso non può mai nè entrare nell'esame del merito della controversia, nè modificare la sentenza di cui gli si domanda l'esecuzione. Da ciò risulta la distinzione fra il giudizio di delibazione e la revisione usata in altri paesi, e la prevalenza del criterio di estraterritorialità in quanto si riferisce alla sostanza della sentenza straniera. Dato dunque nella parte materiale del controllo della sentenza straniera un obbiettivo così limitato di prevalenza alla legge territoriale, ed a tale prevalenza un carattere, anzichè di modificazione, esclusivamente negativo, è d'uopo accennare quando la prevalenza della legge territoriale, costretta in tali limiti rispetto alla sostanza del giudicato straniero sia assoluta e quando non sia se non relativa.

La nostra legge dispone che la corte incaricata del giudizio di delibazione esamini se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno. (2) Ogniqualvolta dunque il giudicato straniero contenesse una disposizione implicante l'arresto personale, o le sostituzioni fedecommissarie o la capacità illimitata delle manimorte, (3) o l'attribuzione di cose che non possono espropriarsi, o la coazione esercitata sull'uno dei coniugi a beneficio dell'altro, o la diseredazione di un erede per motivo di apostasia, non potrebbe venir ammessa all'esecuzione dai nostri giudici.

Vi sono poi casi nei quali l'ordine pubblico può essere offeso indirettamente dalla sentenza straniera, sicchè questa cessa d'esser suscettibile d'esecuzione nel nostro regno, non già in ragione delle

(1) Corte di proc. civ. art. 941-^{3}.

(2) Cod. di proc. civ. art. 941, ^{4}. — (3) Mattirolo, pag. 804-6.

disposizioni che contiene per se stesse, ma in quanto le condizioni in cui queste vennero emanate le rendono, in quel caso particolare, contrarie ad un principio fondamentale del diritto vigente nel territorio. Tale sarebbe il caso quando la sentenza straniera della quale si domanda la esecuzione fosse in diretta contraddizione con una decisione già presa sul medesimo argomento dall'autorità giudiziaria del paese. In tal caso, qualunque fosse la disposizione della sentenza straniera, dovrebbe respingersene la esecuzione inquantochè in quel caso speciale il fatto della sua antinomia con una sentenza nazionale, costituisce un'offesa all'ordine pubblico del territorio. « Accorder la demande, dice il Brocher, (1) serait une cause de desordre portant attente à des droits acquis et renversant une des bases qui semblent les plus nécessaires à la sécurité publique. Il y aurait encore atteinte à l'ordre public juridique si l'on devait prononcer l'exequatur d'un jugement dont les dispositions seraient contradictoires et plus ou moins difficiles à concilier ». Ed essendo, in seguito ad un giudicato della corte d'appello di Catania (2) che s'era pronunciata in questo senso, la parte chiedente l'esecuzione ricorsa alla corte di cassazione di Palermo sostenendo che la contrarietà dei giudicati non è questione di ordine pubblico da esaminarsi in un giudizio di delibazione, quella corte suprema ne respinse il ricorso. « Se per diritto pubblico interno, diceva quella sentenza, la giustizia emana dal re ed è amministrata dai giudici da lui nominati; se la giustizia amministrata in nome del sovrano, deve produrre i suoi effetti nel regno e se la forza esecutiva delle sentenze è una emanazione della sovranità, tuttociò che tende a distruggere gli effetti di un precedente giudizio dei tribunali nazionali e ad esautorare in certo modo la sovranità nel cui nome fu pronunciata e che v'impone la forza esecutiva, è senza dubbio contrario al diritto pubblico del regno ». (3)

817. — La concessione dell'exequatur fa sì che la sentenza straniera divenga suscettibile nel territorio di tutta l'efficacia propria di una sentenza nazionale, alla quale viene pertanto nei riguardi della esecuzione completamente assimilata. Tale assimilazione risulta poi

(1) Commentaire, pag. 112-4.

(2) 30 Dicem. 1880, *Annali* 1883, III, pag. 244. 5. Mertel c. Viscuso, e Rassegna di diritto comm. 1883, Agosto, 108.

(3) C. di cass. di Palermo, 10 Giugno 1884, Mertel c. Viscuso, Legge, 1884, vol. II, pag. 729-732 e *Annali* 1884, I, 1, pag. 4, 35, 6.

completa per ciò che, non soltanto la sentenza straniera acquista l'efficacia di una sentenza nazionale, ma la sua efficacia è limitata alle proporzioni consentite a quest'ultima, e la sua esecuzione è regolata nello stesso modo che per i giudicati delle magistrature dello Stato. La nostra legge infatti dispone che « i modi di esecuzione degli atti e delle sentenze sono regolati dalla legge del luogo in cui si procede all'esecuzione ». (1) Perciò non solo se la sentenza desse prescrizioni condannate dalle nostre leggi gli effetti non ne potrebbero, come accennammo, prodursi nel nostro territorio, ma l'esecuzione, nei limiti in cui viene ammessa, deve essere regolata, in quanto al modo, secondo le leggi del territorio. Da tale assimilazione poi risulta che le nuove questioni che sorgessero nel corso dell'esecuzione di fatto di una sentenza straniera, dovranno trattarsi, per quanto riguarda la competenza e la procedura, secondo le leggi nostre. (2)

Il giudizio di delibazione dovendo considerarsi identico sostanzialmente a qualunque altro giudizio, deve essere suscettibile di tutti i rimedi ordinari riconosciuti dalla legge di procedura in quanto l'organizzazione del giudizio stesso secondo la nostra legge li renda possibili. (3) Perciò nel nostro paese il giudizio di delibazione sarà suscettibile di ogni rimedio normale all'infuori dell'appello che è reso impossibile dall'attribuzione di quello al magistrato di seconda istanza; nella stessa guisa che anche la cassazione trovasi esclusa nei paesi dove quel giudizio sia affidato dalla legge al tribunale supremo. (4) Di quest'ultimo rimedio esso sarà invece suscettibile in Italia, dove quelle stesse corti supreme (5) che negano il ricorso per cassazione contro le sentenze inappellabili, concedono tale rimedio contro i giudicati delle corti d'appello emanati nel procedimento di delibazione di sentenze straniere. Del pari le sentenze contumaciali emanate nei giudizi di delibazione possono essere impugnate col rimedio della opposizione; (6) e contro la stessa sentenza si potrà proporre domanda di rivocazione appoggiandola ad una delle cause indicate (7) nel codice di procedura civile. (8)

(1) Cod. civ. ital., art. 10, prel. — (2) Mattirolo, pag. 812-7.
(3) Fiore, l. c., pag. 279-281. — (4) Bravo, vol. II, pag. 196.
(5) Mattirolo, pag. 818. — (6) Art. 465, 474, cod. di proc. civile.
(7) Art. 594, codice di procedura civile.
(8) Mattirolo, pag. 818, Gianzana, l. c., pag. 135, 6.

818. — L'Italia, così prima di aver sancito nei propri codici norme tanto liberali (1) circa l'esecuzione delle sentenze straniere, come dopo la loro adozione, stipulò secondo tale indirizzo accordi convenzionali con vari Stati. Norme più liberali di quelle ammesse dalla nostra legge non sarebbe possibile consentire per virtù di trattati agli stranieri; ma quei trattati presentano, dal punto di vista dell'Italia, il grande vantaggio di assicurare la stessa facilità e pienezza di esecuzione alle nostre sentenze all'estero, e da un punto di vista generale quello di rendere in qualche misura più facile in vari territori l'esecuzione delle sentenze straniere.

Il Fiore (2) ritiene che ai trattati sia generalmente concessa una importanza esorbitante, e la dottrina che invoca il regolamento mediante trattati di tutta questa materia, è da lui combattuta come contraria ai veri principi giuridici. « Nè ammettiamo, egli dice, che l'efficacia estraterritoriale debba esistere per i trattati; nè che il giudizio di delibazione o di esecutorietà possa essere dichiarato non necessario per trattati; alla prima cosa è d'ostacolo il diritto universale di tutti i popoli; alla seconda il diritto pubblico dello Stato: e non è dato violare l'uno o l'altro con una convenzione fra Stato e Stato ». A mio avviso è più meritevole di approvazione la seconda di quello che la prima affermazione del Fiore. Uno Stato infatti non potrebbe rinunciare alle condizioni richieste in Italia per l'esecuzione delle sentenze straniere senza rendersi colpevole verso sè medesimo. Ma, quanto alla prima affermazione, può osservarsi che, quantunque un'alto concetto morale ed una intima ragione di equità richiedano agli Stati quel tanto di deroga all'assoluta territorialità giurisdizionale che basti per indurli a riconoscere in genere le sentenze straniere, e quantunque un motivo egualmente imperioso di opportunità richieda che queste siano

(1) Fa meraviglia che un convenuto italiano abbia potuto pretendere ed un'avvocato italiano sostenere, che una sentenza svizzera, in mancanza di trattato, non possa dichiararsi esecutòria in Italia sotto le condizioni dell'art. 941 del codice di procedura civile, perchè l'art. 950 dispone « Le disposizioni di questo titolo sono subordinate a quelle delle convenzioni internazionali e delle leggi speciali ». Pure così avvenne a proposito d'un'exequatur concesso dalla corte d'appello di Bologna d'una sentenza ginevrina condannante un industriale italiano; ma la corte di cassazione faceva giustizia di questa strana pretesa. C. di cass. di Roma, 4 Aprile 1888, Mattei c. Sauter, *Annali*, 1888, I, pag. 123, 4. — (2) Fiore, l. c., pag. 282, 3.

ammesse dovunque a condizioni uniformi, tuttavia tale riconoscimento è ben lungi dal costituire di per sè, di fronte ai diritti sovrani di ciascuno Stato, un obbligo giuridico. Molti Stati infatti persistono ancora a non riconoscere punto le sentenze straniere, eppure non son ritenuti punto per ciò membri inferiori della società internazionale, come sarebbero se venissero meno rispetto agli altri Stati ad un vero obbligo naturale d'indole giuridica. Perciò è appunto dai trattati che dobbiamo invocare in primo luogo il riconoscimento generico dovunque ammesso, sia pure a condizioni diverse, delle sentenze straniere; poi il loro riconoscimento sotto le stesse condizioni in tutta la società civile.

E a tali principî s'ispirarono i governi di Sardegna e d'Italia stipulando su tale argomento trattati il primo dei quali è in vigore fino dal secolo scorso. Siccome poi la nostra legge (1) riserva espressamente, regolando tale argomento, le disposizioni delle convenzioni internazionali, debbonsi intendere, dato il carattere di leggi speciali e perciò tanto più efficaci (2) che è proprio dei trattati, riservate nel nostro paese le disposizioni di tutte le convenzioni sull'argomento, oppure devesi distinguere fra quelle anteriori e quelle posteriori alla promulgazione del codice di procedura civile? Quest'ultima soluzione sembra fuor d'ogni dubbio preferibile. Quel codice, in quanto concedeva alle sentenze provenienti da tutti i paesi, senza veruna condizione di reciprocità, l'esecutorietà a condizioni più liberali di quelle che erano fino a quel tempo stipulate con qualche Stato pur collo scopo di fare un'eccezione favorevole e reciproca al diritto comune, tacitamente sostituiva le disposizioni più restrittive di quelle convenzioni con quelle più larghe contenute nel suo testo. Sarebbe infatti assurdo e contrario al motivo stesso per cui si stipulano i trattati, che la loro esistenza fosse invocata a danno d'uno Stato estero, per fargli subire condizioni più rigorose di quelle che posteriormente a quella convenzione furono concesse per legge a tutti gli altri Stati. (3) Diversamente si dovrebbe giudicare dei trattati anteriori in quanto garantissero una procedura più facile e più semplice, e dei trattati

(1) Art. 10, tit. prel., cod. civ. e 950 cod. di proc. civ.

(2) Mattirolo, pag. 731.

(3) Corte di cass. di Firenze, 20 Giugno 1870, *Annali* 1870, III, 1, pag. 180; ap. Mattirolo, pag. 735.

posteriori alla promulgazione del codice, qualunque fosse l'indole delle loro stipulazioni.

819. — Nel primo senso deve intendersi la stipulazione del trattato del 24 Marzo 1760 fra la Sardegna e la Francia. Secondo questo trattato « pour favoriser l'exécution réciproque des décrets et jugements: les cours supremes déféreront de part et d'autre à la forme du droit, aux réquisitions qui leur seront adressées à ces fins mêmes sous le nom des dites cours (1) ». La dichiarazione del 1 Settembre 1860 integrava tale stipulazione disponendo che « il est expressément entendu que les cours, en déférant à la forme du droit, aux demandes d'exécution des jugements rendus dans chacun des deux États, ne devront faire porter leur éxamen que sur les trois points suivants: 1. Si la décision émane d'une juridiction compétente; 2. Si elle a été rendue, les parties dûment citées et légalement représentées ou défaillantes. 3. Si les règles du droit public ou les interèts de l'ordre public du pays où l'éxécution est demandée ne s'opposent pas à ce que la décision du tribunal étranger ait son éxécution ».

Quanto ad efficacia territoriale, i due accordi sono ritenuti non solo dalle corti italiane, ma, come ho accennato, (2) anche da quelle, francesi, in vigore rispetto a tutto il territorio che forma parte del nostro regno; (3) quanto a significato intrinseco il trattato del 1760 avrebbe dovuto in ogni modo ritenersi integrato dal punto di vista dell'Italia colle disposizioni del nostro codice di procedura; ma già la dichiarazione del 1860 aveva pareggiato il giudizio d'esecuzione nei rapporti fra l'Italia e la Francia al nostro giudizio di delibazione, dando una interpretazione esattamente corrispondente a quest'ultimo alla clausola *á la forme de droit*; (4) sicchè in questi confini limitano il giudizio di esecuzione anche i magistrati francesi, esaminando, nel caso di sentenze italiane, anche la regolarità della citazione secondo la legge nostra. (5)

(1) Art. 22, 1.° — (2) Vol. II, pag. 227.

(3) Moreau, l. c., pag. 165-7 e trib. civ. dell'Havre, 8 Gennajo 1885, Trombetta e Carrara, c. C.ie des deux Poules, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 293-5.

(4) Esperson. Il secondo congresso giuridico ed il diritto int. privato; Roma, Artero, 1880.

(5) Corte di Lione, 25 Febbraio 1882, Pelusso c. Porte, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 65.

Non meno che per quanto riguarda le condizioni alle quali la esecuzione può essere concessa, anche per quanto riguarda le modalità necessarie per chiederla e per ottenerla sarebbe necessario integrare le disposizioni di quei trattati con quelle più favorevoli della legge. In Francia, dove per legge comune il provvedimento di esecuzione si inizia mediante citazione davanti ai tribunali, è eccezionale la giurisprudenza che ammette potersi procedere in questo modo anche per l'esecuzione dei giudicati italiani; (1) ma in generale si ritiene che per poter fruire del beneficio di quelle convenzioni sia necessario il ricorso alle commissioni rogatorie da quelle contemplate, (2) così da giudicare che un decreto di esecutorietà di sentenza italiana emanata da una corte francese senza commissioni rogatorie della giurisdizione italiana competente, sia soggetto a cassazione. (3) In Francia però tale soluzione si giustifica osservando che la disposizione di legge comune, secondo la quale è ammessa la domanda d'esecuzione presentata direttamente davanti al tribunale di prima istanza, non può dirsi una disposizione più favorevole in quantochè con essa, anzichè applicare una forma più semplice e spedita ad un giudizio di delibazione, la si applica all'inizio del giudizio di revisione cui vengono sottoposte in Francia le sentenze dei paesi rispetto ai quali non disponga altrimenti un trattato. Perciò si giustificano quei magistrati francesi i quali ritennero che di una sentenza italiana si possa bensì domandare l'esecuzione secondo le forme stabilite dal diritto comune, ma che in tal caso non si possano più invocare, circa l'indole del giudizio di revisione, i trattati del 1760 e del 1860, bensì il tribunale francese possa procedere alla revisione della sentenza nei termini del diritto comune. (4)

Ma lo stesso ragionamento non sarebbe giustificabile da parte dei magistrati italiani. Nel nostro paese l'ammissione del ricorso diretto per l'esecuzione delle sentenze straniere è parte di quel sistema, applicabile a tutte le sentenze straniere, mercè il quale sono estese a tutte queste senza condizioni di reciprocità le norme

(1) Trib. civ. di Havre 8 Gennaio 1885. Trombetta e Carrara c. Civ. des deux Poules, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 293-5.

(2) *Rêvue Critique* 1886, pag. 688-9.

(3) Weiss, l. c., pag. 975 e nª 3.

(4) Trib. civ. di Bordeaux, 16 Giugno 1881 e corte di Bordeaux, 19 Giugno 1882, Journal, 1883, pag. 165-8.

già stipulate specialmente colla Francia; quell' ammissione si risolve dunque in un vera disposizione favorevole di diritto comune, che dovrebbe applicarsi nel nostro paese anche alle sentenze francesi. Fu di questo avviso recentemente la corte d' appello di Brescia, (1) respingendo l' eccezione del convenuto fondata sulla mancanza della commissione rogatoria della corte d'appello francese, necessaria secondo la convenzione franco-italiana. « Il legislatore italiano, ritenne quella Corte, col disposto degli articoli 3 del codice civile e 942 del codice di procedura civile, ha posto il principio che tutti gli interessati (regnicoli o stranieri) senza eccezione, hanno il diritto di promuovere il giudizio di delibazione per ottenere la esecutorietà nel regno delle sentenze pronunciate dalle autorità giudiziarie straniere, senza che occorra l'autorizzazione o la richiesta di veruna autorità straniera, purchè ricorrano gli estremi stabiliti dal precedente articolo 941; e così egli ha necessariamente rinunziato da parte sua, anche rispetto alle sentenze delle autorità giudiziarie francesi, alle formalità della rogatoria della corte estera voluta dall'articolo 22 del trattato del 1760;.... e la clausola della legge nostra, che riserva il disposto delle convenzioni internazionali, deve essere intesa nel senso che l'osservanza dei trattati debba prevalere a quella del disposto dell'articolo 941 allorchè col trattato sia, a modo d'esempio, stata convenuta l'esecutorietà in virtù di un semplice *pareatis* o di un *exequatur*, o siano state convenute minori o meno rigorose formalità e prescrizioni di quelle che l'articolo 941 ha stabilito, ma non mai quando il trattato prescriva più di quello o contrariamente a quello che la posteriore legge processuale, seguendo i progressi della scienza, ha statuito al fine di maggiormente favorire nell' interesse comune le reciproche relazioni delle divesse nazioni fra loro ». Pure la corte di cassazione di Roma invocava, del pari recentemente, la clausola del trattato del 1760 per ritenere che la commissione rogatoria sia necessaria non solo quando la domanda di delibazione venga proposta nelle vie diplomatiche, ma anche quando venga proposta con citazione direttamente dalla parte interessata. (2)

(1) 9 Aprile 1888, Pardiac c. Marchini, *Annali* 1888, III, pag. 127-132.

(2) 23 Giugno 1887, Roselli e ditta Schumann, *Annali*, 1888, I, 1, pag, 139.

820. — In modo analogo dev'essere giudicato il trattato fra la Sardegna e la Spagna del 30 Giugno 1851, (1) che è tuttora l'unica convenzione stipulata dalla Spagna su tale argomento, (2) in quanto vi si contengono disposizioni un po' più rigorose di quelle relative al nostro giudizio di delibazione. Secondo quell'accordo dovevano reciprocamente eseguirsi nei due Stati le sentenze rispettive purchè non peccassero per manifesta ingiustizia, non fossero nulle per difetto di giurisdizione, di citazione, o di mandato, e non fossero contrarie alle leggi proibitive del regno nel quale se ne chiede l'eseguimento; (3) il tribunale competente per tale giudizio è in Italia la corte d'appello ed in Ispagna la *audiencia territorial*. (4) In quanto all'esame della sentenza in se stessa è indubitato che in Italia deve ritenersi abrogata dal codice di procedura la disposizione del trattato relativa alla verifica della manifesta ingiustizia; (5) in quanto alla estensione territoriale della efficacia del trattato, i dubbi sorti in Ispagna furono rettamente risolti secondo l'indirizzo seguito a tale proposito dalla giurisprudenza francese. Così decise nei riguardi politici il Ministro di Stato Marchese del Pazo, e così decise nei riguardi giudiziari il tribunale supremo. Nel 1880 essendosi l'*audiencia* di Madrid ricusata di dichiarare esecutoria una sentenza del tribunale di Roma, la corte suprema dichiarò che il trattato del 1851 è valido in Ispagna per tutto il regno d'Italia a cominciare dal giorno del riconoscimento di questo da parte del governo spagnuolo; e nel 1881 avendo il Marchese di Salamanca interposto ricorso contro una sentenza di esecutorietà emessa in tali condizioni dall'*audiencia* di Madrid, la corte suprema ne respingeva il ricorso. (6) L'invalidità attuale di questo trattato (7) deve dunque ritenersi rispetto all'Italia in

(1) Fusinato. l. c., pag. 17; evidentemente per un errore di stampa, vi è accennato come a convenzione stipulata fra la Francia e la Spagna; e nel *Dr. int. privé dans la legislation italienne*, l. c., pag. 373, dell'Esperson, se ne parla come di convenzione stipulata fra l'Italia e la Spagna, il 30 Giugno 1831.

(2) Bravo, Der. int. priv. vol. II, pag. 192.

(3) Art. 3, Palma, l. c., pag. 1228, 9.

(4) Art. 3 e Bravo. l. c., pag. 195, 6.

(5) Esperson. Le droit int. pr. dans la legislation ital. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 373, 4.

(6) Bravo, pag. 192, 3.

(7) Esperson, l. c., pag. 373, Fusinato l. c., pag. 17.

quanto vi sono contenute condizioni più rigorose di quelle comuni stabilite posteriormente dal nostro codice di procedura civile, non rispetto alla Spagna in quanto vi si stipulano condizioni più liberali di quelle che vi si esigono secondo il diritto comune per l'esecuzione delle sentenze pronunciate negli altri Stati.

Secondo la convenzione di buon vicinato fra l'Italia e la Repubblica di San Marino del 27 Marzo 1872 (1) « le sentenze delle autorità giudiziarie di uno dei due Stati in materia civile e commerciale passate in giudicato avranno esecuzione nell'altro secondo le norme di procedura stabilite dalla rispettiva legislazione ». A proposito di tale disposizione ricorre alla mente l'osservazione citata del Fiore (2), che le convenzioni non potrebbero interpretarsi nel senso di una rinuncia da parte dello Stato alla salvaguardia del suo ordine pubblico quando tale rinuncia non fosse nel modo più chiaro ed esplicito formulata. Perciò, quantunque quell'articolo sembri d'un lato contenere un'eccezione alle eventuali leggi dei due Stati che in via normale escludessero dall'esecuzione le sentenze straniere, e dall'altro l'ammissione di queste alla esecuzione secondo le norme di procedura ammesse per le sentenze nazionali, pure tale seconda condizione, non essendo espressa, dev'essere ritenuta eliminata, e la convenzione interpretarsi nei limiti dell'adozione del nostro giudizio di delibazione che posteriormente venne adottato anche dalle leggi della Repubblica di S. Marino. (3)

Le stesse condizioni furono stipulate nella convenzione consolare colla Serbia del 1 Marzo 1880 (4) secondo la quale le sentenze d'uno dei due Stati, delle quali si domanda l'esecuzione nell'altro, dovranno essere accompagnate da una traduzione debitamente legalizzata nella lingua del paese dove devono ricevere esecuzione, oppure in francese; nella convenzione giudiziaria colla Costarica del 6 Maggio 1873, (5) in quella col Nicaragua del 6 Marzo 1868, (6) e nel trattato di commercio col Perù del 23 Dicembre 1874 (7) che riproducono anche rispetto al modo di promuovere il giudizio di delibazione le disposizioni del nostro codice di procedura; ed in quello colle repubbliche di Guatemala e di Honduras del 31 Dicembre 1868. (8)

(1) Art. I. — (2) V. pag. 870. — (3) Daguin. l. c., pag. 340.
(4) Art. 12. — (5) Art. 7. — (6) Art. 19.
(7) Art. 18. — (8) Art. 20.

D'indole diversa e di efficacia molto più limitata è l'accordo col Brasile del 14 Giugno 1879 (1) secondo il quale le dichiarazioni e le sentenze di abilitazione e di riconoscimento pronunciate dai magistrati d'uno dei due paesi a favore di eredi e di legatarî interessati in successioni aperte in loro favore nel territorio dell'altro, saranno eseguibili in questo potendo essere per tal fine comunicate in via diplomatica o presentate da procuratori. (2) Ultima in ordine di data, ma non ultima come espressione di reciproca fiducia, è la stipulazione contenuta nella convenzione consolare colla Rumania del 17 Agosto 1880 (3), il cui articolo 11 dispone che le sentenze civili e commerciali che abbiano acquistato in uno dei due Stati forza di cosa giudicata, avranno nell'altro Stato, quando siano debitamente legalizzate, lo stesso valore delle sentenze nazionali; e potranno anche produrvi ipoteche ed esservi eseguite se riscontrate dai tribunali dello Stato corrispondenti alle quattro condizioni richieste dall'articolo 941 del nostro codice. La domanda può essere fatta o per commissione rogatoria o direttamente dalla parte interessata, che dovrà in ogni caso essere rappresentata da un procuratore designato, quando essa non lo abbia scelto, dal giudice cui si domanda l'esecuzione.

821. — Oltrechè dalla repubblica di S. Marino il sistema adottato dalla legge italiana fu seguito anche in altri paesi, e, quantunque il numero ne sia ancora esiguo, pure basta ad indicare una lenta tendenza del diritto internazionale verso la soluzione migliore. Così in Portogallo dove fino a questo secolo si ritenevano incapaci di esecuzione le sentenze straniere, (4) la legge del 21 Marzo 1841 (5) sulla riforma giudiziaria, ed il codice civile del 1867 (6) ammisero le sentenze pronunciate all'estero fra stranieri e portoghesi ad ottenere l'esecuzione dopo un giudizio di

(1) Articolo 1.

(2) Protocollo del 14 Aprile 1879. « Sotto la denominazione di dichiarazioni o sentenze di abilitazione o di riconoscimento di eredi o legatarî, usata nell'antecedente accordo, devono comprendersi gli atti di notorietà ricevuti o legalizzati dalle autorità giudiziarie e, per quanto concerne i sudditi italiani, i decreti pronunciati dai tribunali nazionali in camera di consiglio per giudicare delle successioni aperte all'estero nei rapporti di esse coll'amministrazione del tesoro ».

(3) Trattati e convenzioni fra l'Italia e gli altri Stati, vol. VIII, Sciolla, 1883, pag. 85. 6. — (4) *Ann. de leg. etr.*, 1879, pag. 733 e segg.

(5) Art. 567. — (6) Art. 31.

revisione. In tal modo (1) la loro esecuzione veniva per due guise limitata; in intensità, inquantochè la loro sostanza veniva riveduta oltre i limiti resi necessarî dalla tutela del diritto pubblico e dell'ordine pubblico; ed in estensione, inquantochè venivano escluse le sentenze pronunciate fra stranieri e quelle pronunciate fra portoghesi. A quest'ultimo inconveniente aveva arrecato un rimedio di fatto la giurisprudenza prescindendo da ogni indagine della nazionalità delle parti, (2) quando ad entrambi provvide il codice di procedura civile dell' 8 Novembre 1876. (3)

Ora la legge mentre espressamente impone al giudice portoghese di astenersi dal rivedere e modificare nella sua sostanza la sentenza straniera, esclude ogni distinzione dipendente (4) dalla nazionalità delle parti, non autorizzando a combattere la domanda di esecuzione se non per uno dei motivi seguenti: « che vi sia dubbio sull'autenticità del documento o nell'intelligenza della sentenza; che questa non sia passata in forza di cosa giudicata, o non emani da un tribunale competente; o le parti non siano state debitamente citate o legalmente contumaci; o la sentenza contenga disposizioni contrarie ai principi del diritto pubblico e dell'ordine pubblico portoghese o sia stata pronunciata contro un suddito portoghese, contrariamente ai principi di diritto civile portoghese secondo i quali la controversia doveva essere giudicata; » la qual'ultima clausola può ritenersi come un'esplicazione della tutela dell'ordine pubblico. L'autorità competente è, come nel nostro paese, la corte d'appello che deve pronunciare in contradditorio delle parti ed udito il pubblico ministero.

Nell'agosto del 1880 il corpo legislativo della provincia di Buenos Ayres modificò la « legge della procedura civile e commerciale » del 1878 che aveva subordinata l'esecuzione delle sentenze straniere alla condizione della reciprocità, sicchè ora in quella provincia le sentenze straniere possono venir eseguite senza quella condizione purchè « siano rese in seguito all'esercizio di un'azione personale, siano state pronunciate in contradditorio; l'obbligazione che dà luogo alla esecuzione sia valida secondo le leggi di Buenos-Ayres; e la sentenza soddisfi alle condizioni ri-

(1) Moreau, pag. 218, 9, Weiss, pag. 978, 9.

(2) Corte suprema di giustizia, 7 Agosto 1874, e 25 Maggio 1875, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1875, pag. 54 e 448.

(3) Art. 1087-1091. — (4) Art. 1090.

chieste dalla legge del paese dove fu pronunciata perchè sia riputata esecutoria, e dalle leggi argentine perchè presenti il carattere dell'autenticità ». Così nella provincia più importante della grande repubblica sud-americana si adottarono in tale materia norme da null'altro ispirate che dal criterio della giustizia. (1)

Una soluzione analoga venne adottata in Bulgaria dalla giurisprudenza e risulta da una decisione della corte suprema di Sofia presa nel Gennaio del 1881 in seguito ad invito del ministro della giustizia. Secondo quella risoluzione, fatta un'importante eccezione per le sentenze straniere che concedono diritti su immobili situati in Bulgaria, alle quali non si riconosce veruna efficacia nel principato, può esservi domandata l'esecuzione di una sentenza straniera secondo la sua importanza al giudice di pace od al tribunale di circondario. Alla domanda per ottenere l'exequatur deve essere unita una spedizione della sentenza legalizzata dal tribunale che la ha emanata e rivestita della formula esecutiva o d'una attestazione che la sentenza può essere messa in esecuzione, fatta del tribunale straniero, una traduzione della sentenza in lingua bulgara, ed una copia degli stessi documenti; il magistrato bulgaro deve poi ricercare se il giudicato contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico ed alle leggi bulgare, ma deve in generale astenersi dall'entrare nell'esame della sostanza della sentenza straniera. (2)

Tale sistema però, benchè della stessa categoria di quelli finora citati, pur ne va distinto, sia perchè riposa sopra una decisione della magistratura anzichè derivare da una legge, sia perchè la riserva relativa agli immobili ne limita il campo d'applicazione, sia infine perchè la esclusione di *disposizioni contrarie all'ordine pubblico od alle leggi bulgare*, è troppo vaga per non prestarsi ad interpretazioni che ne possono modificare notevolmente il valore.

Finalmente si possono ascrivere alla medesima categoria i cantoni svizzeri di Basilea città, Basilea campagna, Soletta, Ticino, Uri e Vallese. (3)

(1) Paloméque. De l'éxécution des jugements étrangers dans la republique argentine, *Journal de Dr. Int. Privé,* 1887, pag. 555, 6.

(2) Comunicazione del Ministro della Giustizia di Bulgaria, *Journal de Dr. Int. Privé,* 1886, pag. 570, 1.

(3) Roguin, De l'éxécution des jugements étr. en Suisse, *Journal de Dr. Int. Privé,* 1883, pag. 117, 8, 121-6.

822. — Un sistema analogo circa l'esecuzione delle sentenze pronunciate in altro territorio, si trova seguito da qualche altro Stato, non già nei rapporti internazionali propriamente detti, ma nei rapporti reciproci fra le varie parti di un medesimo Stato composto. Nella Svizzera la costituzione federale del 1848 (1) dispone che « le sentenze civili definitive rese in un cantone sono esecutorie » in tutto il territorio della confederazione; e lo stesso principio fu riprodotto dalla costituzione del 1874. (2) La sentenza deve essere definitiva e dev' essere stata emanata dal tribunale competente. La validità di una sentenza deve esaminarsi secondo le leggi del cantone nel quale fu emanata; all'incontro l'esecuzione deve seguire secondo le leggi del cantone dove la si vuol eseguire. Se la esecuzione trova difficoltà, le parti devono anzitutto rivolgersi ai magistrati cui compete la decisione della esecutorietà, prima di far appello alle autorità federali; e quando in un cantone si rifiuti l'esecutorietà ad una sentenza proveniente da un altro cantone per il motivo che non fu pronunciata dai magistrati competenti, il consiglio federale deve decidere se vi sia o non vi sia obbligo di esecuzione. (3) Sicchè in Svizzera le sentenze d'un cantone vengono considerate esecutorie negli altri e possono eseguirvisi come le stesse sentenze che vi furono pronunciate; però vi si può fare opposizione per motivi analoghi a quelli contemplati dal nostro codice rispetto alle sentenze straniere; ma le decisioni dei tribunali cantonali su tale argomento possono venir rivedute e modificate dall'autorità federale.

In Germania tale materia non era stata regolata in modo uniforme finchè vi durò la Confederazione; era frequente nelle leggi particolari la clausola che riconosceva in uno Stato alle sentenze degli altri Stati tedeschi la forza della cosa giudicata e che le esonerava dalla revisione sostanziale anche in quanto si riferiva alla esecuzione, ma a tali principi si uniformava molto scarsamente la pratica e, nella deficienza di convenzioni, si finiva per trattare le sentenze pronunciate in uno Stato germanico, non diversamente dalle sentenze straniere (4) in ciascun' altro Stato della Germania. Tale condizione di cose durò fino al 1869 quando una legge

(1) Art. 49. — (2) Arr. 61.

(3) D'Orelli, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, pag. 47, 8. — (4) Moreau, pag. 181-2.

della confederazione del Nord relativa al soccorso giudiziario, decise che le sentenze pronunciate in uno degli Stati della confederazione sarebbero esecutorie in tutti gli altri. (1) La costituzione dell'impero germanico ascrisse tale materia fra quelle sulle quali può legiferare il potere imperiale; (2) e la legge sull'ordinamento giudiziario del 27 Gennaio 1877, dopo avere disposto in genere che « i tribunali hanno a prestarsi ajuto legale in cause civili e penali (3) », assimila sotto tale rispetto varî tribunali tedeschi ai tribunali di un medesimo Stato, disponendo (4) che « l'attuazione delle azioni legali necessarie per le esecuzioni, citazioni, consignazioni, si fa secondo i precetti di procedura senza badare se le azioni devono farsi nello Stato federale cui appartiene il tribunale ovvero in un altro Stato federale ». Per la esecuzione delle sentenze pronunciate nell'interno dell'impero tedesco non occorre pertanto una richiesta d'ajuto giudiziario. (5) Alla esecuzione si procede per mezzo di usciere, la cui azione deve semplicemente uniformarsi a quanto è prescritto dalla legge di organizzazione giudiziaria, senza che porga argomento a veruna distinzione il fatto che l'usciere ed il giudice del processo che deve considerarsi, appartengano ad un altro Stato dell'Impero piuttostochè allo stesso Stato. (6)

In grado minore si riconosce nei rapporti federali l'efficacia delle sentenze agli Stati Uniti. La costituzione federale (7) riconosce che « in ciascuno Stato gli atti pubblici e le procedure giudiziarie degli altri Stati hanno piena fede ed autorità »; ma tale clausola venne interpretata ed esplicata rispetto alle sentenze nel senso di riconoscervi autorità di cosa giudicata, (8) non già in quello della loro attitudine alla esecuzione. Perchè quest'ultima abbia luogo si richiede l'ammissione ottenuta dai tribunali dello Stato dove la

(1) Daguin, l. c., pag. 296.

(2) Art. 4, Der beaufsichtigung seitens des Reichs und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: .... 11: bestimmungen über die wechselseitige Vollstreckung von Erkenntnissen in Civilsachen und Erledigung von Requisitionen überhaupt ».

(3) Art. 157. — (4) Art. 161.

(5) Il Moreau, pag. 182, 3, confonde le condizioni dell'esecuzione delle sentenze con quelle delle commissioni rogatorie.

(6) Böhm, Handbuch pag. 166. — (7) Art. 4 § 1.

(8) Atto del congresso del 26 Maggio 1790, ap. « Student's Kent » edited by Thompson. Boston and New York, 1886, pag. 59.

si vuol far valere; i quali la accordano a condizioni un po' più gravose di quelle del nostro giudizio di delibazione, inquantochè la competenza vien giudicata secondo le leggi dello Stato dove si chiede la esecuzione anzichè di quello d'origine della sentenza. (1)

Una soluzione analoga sembra risultare, nei rapporti fra provincie, dalla costituzione dell'Argentina che dispone: (2) « Gli atti pubblici e di procedura giudiziaria compiuti in una provincia fanno fede nelle altre; ed il congresso può, mediante leggi generali, determinare la forma che tali atti dovranno rivestire per fare prova e gli effetti legali che protranno produrre ».

823. — In perfetta antitesi cogli Stati accennati finora stanno quelli che abbiamo ascritti alla seconda categorìa; quelli cioè che non riconoscono per diritto comune veruna autorità alla sentenza straniera e che non vi si inducono se non per via di trattati: l'esistenza d'un numero maggiore o minore di trattati di questa specie in simili Stati costituisce fra loro una diversità di fatto, ma non una diversità d'indole giuridica, poiche sono tutti eguali nel non riconoscere per legge veruna autorità alle sentenze straniere, e sono pur tutti necessariamente eguali nell'attitudine costituzionale a decampare convenzionalmente da tale esclusione, quantunque in concreto usino di tale attitudine in grado diverso.

Nel minimo grado ne usa la Norvegia dove non solo sono considerate come non avvenute le sentenze straniere in genere, ma anche quelle pronunciate nella Svezia colla quale pure quello Stato trovasi stretto dai vincoli dell'unione reale. Poco dopo la metà del nostro secolo un accordo per l'ammissione reciproca all'esecuzione dei giudicati rispettivi, che era stata approvata dalla Dieta svedese, venne respinta dal parlamento norvegese; (3) e più tardi non fu ripetuto il tentativo se non in modo parziale rispetto a determinate cause e ad una categorìa speciale di individui mediante la legge uniforme del 2 Giugno 1883. Secondo questa legge (4), votata in Norvegia prima che il testo uniforme fosse approvato nell'altro regno, « le sentenze che condannano a risarcimenti i sudditi di uno dei due Stati, (lapponi od altri, ma la legge fu

(1) *Journal de Dr. Int. Privé.* 1880, pag. 323. — (2) Art. 7.

(3) D'Olivecrona. De l'executorieté des jugements étrangers en Suède. *Journal*, 1880, pag. 83-7.

(4) Art. 22. Beauchet, *Bullettin de la Jurisp. Norvégienne, Journal*, 1883, pag. 645, 6.

diretta a prevenire i danni prodotti dai lapponi e dalle loro mandre di renne), sono esecutorie nell'altro quando siano definitive ».

Lo stesso sistema di esclusione vige ancora nella Finlandia, in generale anche rispetto alle sentenze pronunciate nelle altre parti dell'impero russo, (1) ed è praticato nella Svezia; soltanto, quantunque alla sentenza straniera non si riconosca nè esecutorietà nè forza di cosa giudicata, si notano in quest'ultimo paese più che in Norvegia tendenze a decampare da tale rigore. Nel caso della *Scandia*, compagnia svedese di assicurazione che, citata davanti un tribunale russo, ne aveva espressamente accettata la giurisdizione, si concedette in prima istanza esecutorietà alla sentenza russa; è vero che la corte d'appello infirmò tale decisione e che la corte suprema ratificò quest'ultima soluzione, ma il d'Olivecrona (2) fa notare il voto della minoranza della corte che era favorevole alla esecuzione. Il trattato della Norvegia che fallì per volontà di questo regno, ma che era stato approvato dal parlamento svedese, è pure una prova che la Svezia non è così aliena come lo Stato fratello dallo stipulare accordi su tale argomento; ed un'altra prova la porge il suo trattato colla Danimarca del 15 Giugno 1861.

Secondo questo accordo le sentenze civili danesi (3) sono esecutorie in Svezia immediatamente se emanano dalla corte suprema di Danimarca o dai governatori delle provincie o dal gran governatore della città di Copenaghen; se furono rese da altre autorità giudiziarie non possono venir eseguite se non tre mesi dopo essere state comunicate ai debitori; e l'atto che serve di base alla procedura di esecuzione dev'essere accompagnato dall'attestazione del governatore della provincia o del gran governatore della città di Copenhaghen, certificante che le forme prescritte dalla legge danese furono rispettate, che l'atto emana dall'autorità danese competente ed ha forza esecutiva secondo la legge danese; restando regolate dalla legge svedese la esecuzione e le spese che ne derivano.

824. — I dati che si possono rintracciare circa la Danimarca negli scritti di diritto internazionale privato, sono molto contraddittori. Secondo alcuni (4) vige il sistema del completo misconosci-

(1) Böhm, l. c., pag. 198. 9. — (2) L. c., pag. 86, 7.
(3) D'Olivecorna, l. c. — (4) Weiss, pag. 977, 8.

mento delle sentenze straniere; secondo altri (1) queste vi sono ammesse all'esecuzione sotto condizioni di reciprocità; secondo altri infine (2) la sentenza straniera non può venire direttamente eseguita, ma il nuovo giudizio necessario da parte dei tribunali danesi è puramente formale. La prima di queste affermazioni indurrebbe a collocare la Danimarca nella seconda; la seconda nell'ultima, la terza nella terza delle categorie nelle quali sotto questo rapporto abbiamo distinti gli Stati; non è difficile però assegnare rispettivamente a ciascuna di quelle affermazioni la parte di verità che le compete.

Il giudice danese, cui si domanda una esecuzione forzata in base ad una sentenza straniera, non può concederla, ma una sentenza danese soltanto può formar base di una esecuzione forzata; perciò chi ottenne una sentenza da un tribunale straniero e vuole conseguirne l'esecuzione in Danimarca, deve procedere nuovamente davanti ai tribunali danesi nelle forme ordinarie contro il convenuto, e farlo condannare o giungere con quello ad una conciliazione davanti l'autorità territoriale competente. Tale è la regola di esclusione d'ogni attitudine d'esecutorietà delle sentenze straniere, comune a tutto il diritto scandinavo, e riconosciuta costantemente tanto dalla teoria quanto dalla pratica, non già in virtù d'una disposizione di legge che la imponga, ma in virtù del principio che non potrebbero eseguirsi le sentenze straniere quando una legge esplicitamente non lo concedesse.

Però negli ultimi tempi la giurisprudenza danese ha dimostrata la tendenza a dare a questo secondo giudizio un indirizzo simile a quello seguito dagli Stati che abbiamo ascritto alla terza categoria; vi va prevalendo infatti il concetto che si debba sancire colla sentenza danese quella straniera salvo i casi in cui il condannato non fosse secondo il diritto danese giudicabile nel paese della sentenza, o questa non fosse esecutoria o definitiva, o contenesse offese all'ordine pubblico ed al diritto pubblico danese. Finalmente il progetto di codice di procedura civile, riferito, come le antecedenti nozioni, dal Goos (3), ammette l'esecuzione delle sen-

(1) Foelix, l. c., n° 345.

(2) Constant, De l'éxécution des jugements étrang. dans les divers pays Paris 1883, pag. 21, cfr. Moreau, pag. 200; e Daguin, pag. 284.

(3) Goos, De l'éxécution des jugements étr. en Danemark, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1880, pag. 368-372.

tenze straniere purchè la parte potesse secondo la legge danese essere giudicabile nel caso concreto dal tribunale o dall'autorità straniera, l'atto sia esecutorio secondo la legge dell'altro Stato, non sia offeso l'ordine pubblico, e trattisi di uno Stato indicato da un decreto reale come ammesso a fruire del beneficio di tale disposizione. Tali norme farebbero ascrivere la Danimarca alla categoria di quegli Stati che subordinano il riconoscimento delle sentenze straniere alla condizione della reciprocità.

825. — Il codice di procedura civile olandese dispone (1) che « salvo i casi espressamente previsti dalla legge, le sentenze rese dai giudici o tribunali stranieri non saranno esecutorie nel regno, ma i procedimenti potranno essere istriuti di nuovo davanti al giudice neerlandese ed esservi definiti », la qual cosa è tanto più agevole a farsi inquantochè lo stesso codice (2) contiene una disposizione imitante quella dell'articolo 14 del codice francese (3) che la giurisprudenza, appoggiandosi sull'articolo del codice che pareggia cittadini e stranieri quanto all' esercizio dei diritti civili, tende ad applicare anche alle controversie fra stranieri non residenti. Essendo sorta la questione se si potesse citare davanti ai tribunali neerlandesi la parte condannata, salvo a quelli la facoltà di trattare di nuovo la causa, la giurisprudenza si dimostrò discorde, ma la maggior parte degli autori insegnarono che quella soluzione è erronea ed inamissibile dovendosi promuovere il giudizio come una nuova causa; e davanti il tribunale di Goes avendo una parte invocata una sentenza resa da un tribunale straniero che era investito del giudizio di una domanda connessa, il tribunale respinse questo mezzo per il motivo che le sentenze dei tribunali stranieri non sono esecutorie nei Paesi Bassi. (4)

Per giudicare rettamente di tale rigorosa esclusione delle sentenze straniere dai Paesi Bassi devesi tener conto dei limiti arrecatevi dalla legge, dalla giurisprudenza e dell' indirizzo che promette di seguire la legislazione di quel paese. Il codice di procedura civile riserva, come notai, certi « casi espressamente previsti dalla legge »; tali sono fino ad ora i giudizi pronunciati nelle Indie, quelli relativi a regolamento di avarie rispetto alle quali l'articolo 724 del codice di commercio riconosce all'estero i giudizi pronunciati dalle

(1) Art. 431. — (2) Art. 127.
(3) Hingst, l. c, n° XI. — (4) Hingst, l. c., n° XII.

autorità competenti del luogo, quelli relativi ai compensi per salvataggio secondo l'articolo 567 dello stesso codice; ed un'altro limite deriva dalla partecipazione dell'Olanda alla convenzione per regolare la navigazione del Reno. (1) In tali casi l'esecuzione vien concessa dal giudice del distretto dove vuolsi eseguire la sentenza senza sottoporre quest'ultima ad una revisione materiale.

La giurisprudenza comincia poi ad elaborare un'altro limite al sistema rigoroso risultante dalla legge neerlandese mettendo in questione e decidendo in modo disforme se si tratti veramente d'un nuovo procedimento che implichi una totale ignoranza del primo, oppure se della sentenza che una parte vuol eseguire debba tenersi un certo conto (2) in qualità di prova. (3) Finalmente un progetto di codice di procedura civile, presentato nel 1867, decideva che le sentenze straniere potessero venir messe in esecuzione dopo revisione del procedimento, purchè fossero passate in cosa giudicata nel paese d'origine, tendendo così ad imitare gli Stati della quarta categoria. (4)

A concludere trattati su tale materia il governo olandese fu esortato ripetutamente da vari membri del parlamento; esso tentò infatti di promuovere qualche accordo complessivo fra le potenze (5), ma non vi riuscì e non addivenne d'altronde singolarmente con quelle o con alcune di esse alla stipulazione di trattati bilaterali.

826. — In Serbia nè il codice civile nè quello di procedura contengono disposizioni sull'esecuzione delle sentenze civili straniere; parrebbe che queste si dovessero intendere suscettibili di esecuzione dal momento che il codice d'istruzione criminale (6) contiene la disposizione, altrimenti superflua, che le sentenze straniere in materia penale non sono suscettibili di veruna esecuzione in Serbia, e che il codice civile (7) stabilisce in modo generale il principio della reciprocità. (8) Ma tale principio di reciprocità non

(1) Cod. di proc. neerl. art. 431; Moreau, l. c., pag. 224, 5; Reuling. l. c., pag. 157; Hingst, l. c., n° XI e XII; Weiss, l. c., pag. 978; Daguin, l. c., pag. 287-292; Böhm, l. c., pag. 193; Caratheodory, Das Stromgebietsrecht und die internat. Flusschiffahrt. Hamburg, 1887, Richter, pag. 54-8.

(2) Hingst, l. c., n° XII, Bard, l. c., pag. 333.

(3) Daguin, l. c., pag. 290, 1.

(4) Moreau, l. c., pag. 216, 7, Daguin, l. c., pag. 290, 1.

(5) V. vol. I. pag. 225-7 e n.° 860. — (6) Art. 357. — (7) Art. 47.

(8) Daguin, l. c., pag. 360, Paulovitsch; l. c., pag. 153.

si ritenne applicabile nel caso delle sentenze, giudicandosi che l'autorità esecutiva non possa procedere all' esecuzione di una sentenza straniera senza la formula esecutiva appostavi dall'autorità giudiziaria, e che questa alla propria volta non possa apporvela in mancanza d' ogni prescrizione legale che ne regoli la procedura.

Le sentenze straniere devono dunque considerarvisi come non avvenute, salve le eccezioni, stabilite per convenzioni, delle sentenze italiane, di quelle austriache e di quelle d'altri paesi che abbiano stipulato accordi colla Serbia sulla base della nazione più favorita. La convenzione consolare coll'Italia (1) si uniforma come dissi (2) alle regole del nostro giudizio di delibazione; la convenzione relativa ai soccorsi in materia giudiziaria coll'Austria (3) pone come condizione all'esecuzione che il convenuto non sia stato messo nell' impossibilità di far valere le proprie ragioni durante il corso del processo; che il tribunale straniero non fosse incompetente secondo le leggi vigenti nel territorio dove si domanda l'esecuzione; e che il tribunale giudicante abbia apposta alle sentenze la formula constatante che è passata in forza di cosa giudicata. Insieme colla commissione rogatoria domandante l'esecuzione, si trasmetterà al tribunale richiesto una spedizione autentica del documento che serve di titolo all'esecuzione, ed il tribunale nel raggio del quale l'esecuzione deve esser effettuata statuirà sull'ammissibilità di questa dopo discussioni sommarie che si limiteranno a constatare l' esistenza delle condizioni richieste dalla convenzione stessa.

Nel Perù una sentenza straniera debitamente legalizzata può essere invocata come mezzo di prova, ma l'esecuzione non può esserle accordata se non in virtù di trattati; (4) di questi il solo noto e probabilmente il solo esistente è quello stipulato colla Bolivia il 5 Novembre 1863 secondo il quale (5) le sentenze definitive rese in un paese in materia civile e passate in forza di cosa giudicata, saranno eseguite nell'altro purchè non contengano nulla di contrario alla costituzione ed alle leggi del paese dove l'esecuzione deve aver luogo, e che siano debitamente legalizzate. La vicina repubblica del Chilì, quantunque abbia pareggiato rispetto ai di-

(1) Art. 12. — (2) V. pag. 875-7. — (3) Art. 9 e 13.

(4) Pradier Fedéré. De la condit. légale des étrangers au Perou, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1879, pag. 266. — (5) Art. 4.

ritti civili (1) gli stranieri ai cittadini, non ha sancito ancora disposizioni speciali di legge rispetto all'esecuzione delle sentenze straniere, ma è ritenuto generalmente che queste non vi godano d'alcuna autorità. (2)

Il Moreau ed il Böhm riferiscono come ancora vigenti in Hayti le disposizioni degli articoli 2123 del codice civile (3) e 546 del codice di procedura civile francesi; (4) ma il codice di procedura vigente fino dal 1845 vi dispone (5) invece che « le sentenze rese da tribunali stranieri e gli atti ricevuti dagli ufficiali stranieri non sono esecutori nello Stato, riservando le eccezioni dipendenti da leggi politiche e da trattati, nel qual caso quelle sentenze potranno essere messe in esecuzione dopo essere state legalizzate dal gran giudice della repubblica e rivestite da una ordinanza di exequatur del decano del tribunale civile nel distretto del quale se ne domanderà l'esecuzione ». (6)

827. — Prima della promulgazione del codice di procedura civile del 1864, i tribunali russi non possedevano alcuna regola fissa che dovessero applicare in tale argomento; ma tutto vi dipendeva dalle relazioni politiche esistenti fra la Russia e gli altri paesi; quando queste erano amichevoli, il ministero degli affari esteri domandava a quello della giustizia di considerare come validi in Russia i giudicati resi nel territorio della nazione amica; quando invece non erano cordiali i rapporti fra i due Stati, il governo russo rifiutava assolutamente alle sentenze dell'altro paese qualunque efficacia. (7) Il codice di procedura civile diede un regolamento costante a tale materia, disponendo che (8) le sentenze emanate da tribunali stranieri sono suscettibili di esecuzione conformemente alle regole stabilite a tale oggetto nei trattati e nelle convenzioni; che nei casi in cui dai trattati non siano definite le regole secondo le quali avrà luogo l'esecuzione, si dovrà osservare l'ordine indicato negli articoli seguenti; che (9) i tribunali di circondario i quali devono conoscere di questi rapporti (10) non

(1) C. c. articolo 57.
(2) Böhm, l. c., pag. 190, 200. Daguin, l. c., pag. 282, 3.
(3) Art. 1980 del c. c. hayt.
(4) Moreau, l. c. pag. 208, Böhm. l. c. pag. 200.
(5) Art. 470. — (6) Daguin l. c. pag. 285.
(7) Martens, Traité, vol. II, pag. 497, 8.
(8) Art. 1273. — (9) Art. 1279. — (10) Art. 1275.

devono esaminare la sostanza del litigio (1) deciso da un tribunale straniero ma limitarsi a giudicare in contradittorio (2) e sommariamente (3) se la sentenza in questione contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico od interdette dalle leggi dell'impero; e che infine (4) sono escluse dalla esecuzione le sentenze relative a contestazioni relative a diritti di proprietà su immobili situati in Russia.

A tali disposizioni vennero date e dalla dottrina e dalla pratica varie interpretazioni che ne modificano singolarmente nell'uno o nell'altro senso il valore ed il significato. Secondo l'interpretazione diffusa dal Markoff (5) poco dopo la pubblicazione del codice, questo concederebbe l'esecuzione in Russia alle sentenze di tutti gli altri paesi; colla differenza che a quelle degli Stati coi quali esiste un trattato si dovrebbero applicare le regole di esecuzione convenzionalmente adottate, mentre a quelle degli Stati coi quali un trattato non esista dovrebbero applicarsi le regole sancite negli articoli 1274-1281, apprezzando di regola secondo la legge del luogo d'origine della sentenza la competenza del tribunale che l'ha pronunciata, ed esaminando soltanto il lato formale e la corrispondenza all'ordine pubblico dello Stato della sentenza presentata con legalizzazione del consolato o della legazione russa e del ministro russo degli esteri, constatante la esecutorietà (6) ed accompagnata da una traduzione in lingua russa. La stessa opinione fu sostenuta nel 1875 dal Malyecheff professore all'Università di Pietroburgo nel suo corso di procedura civile, (7) e dal Martens in una memoria pubblicata nel 1878. (8) Così avvenne che della legislazione russa in tale argomento si parlasse nell'Europa occidentale come d'una legislazione del tutto simile a quella italiana. (9)

Il Martens invece nel suo trattato di diritto internazionale (10) continua a sostenere che le regole di esecuzione del codice del suo paese sono applicabili alle sentenze d'ogni paese straniero, e, pure ammettendo subordinatamente la condizione di reciprocità,

(1) Art. 1279. — (2) Art. 1277. — (3) Art. 1278. — (4) Art. 1281.

(5) Markoff, Esecuz. delle sentenze straniere, ap. Engelmann, De l'éxecution des jugem. étr. en Russie, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 114.

(6) Art. 1276. — (7) L. c. pag. 115, 6.

(8) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1878, pag. 139-144.

(9) Moreau, l. c. pag. 222, 3.

(10) Vol. II, pag. 500-2 e n.

giudica bastare che i giudici cui si richiede l'esecuzione indaghino l'esistenza della reciprocità di fatto.

Un' ultima interpretazione, sostenuta dall'Engelmann (1), vorrebbe che le disposizioni del codice di procedura si interpretassero nel senso che l'esecuzione non possa concedersi se non alle sentenze di Stati coi quali a tal uopo si sia concluso un trattato; che relativamente a quelle si applicassero, circa il modo e le condizioni, per concedere l'esecuzione in genere stipulata, le regole stabilite nel trattato, e quando il trattato non contenga di tali regole quelle formulate dal codice di procedura, restando in vigore per le sentenze dei paesi che non abbiano stipulato un trattato colla Russia, il diritto anteriore al 1864, e mantenendosi vera pertanto l'affermazione del Foelix (2) che collocava la Russia accanto alla Norvegia.

La giurisprudenza parve dapprima decidersi per l'interpretazione più liberale. Nel 1869 trovandosi in litigio nell'impero ottomano per liquidazione di società un italiano, un russo ed un turco, i governi rispettivi si accordarono per far decidere la controversia da una commissione mista; nel 1870 il russo ch' era vittorioso domandò al tribunale di circondario di Odessa di far eseguire la sentenza, per la somma di 34351 rubli, in confronto del socio turco stabilitosi in quella città; tanto il tribunale quanto la corte d'appello di Odessa respinsero quella domanda appoggiandosi sull'ultima delle interpretazioni citate; ma il Senato dirigente ne riformava le decisioni il 17 ottobre 1873 applicando la prima interpretazione ed escludendo perfino la condizione della reciprocità di fatto. (3) Nove anni più tardi però, chiedendosi l'esecuzione di una sentenza francese, la stessa corte suprema applicò la dottrina contraria. La corte d'appello di Mosca aveva respinto la domanda ritenendo che « le sentenze di tribunali appartenenti a Stati stranieri coi quali non esista un trattato non siano in generale ammesse a veruna esecuzione, e siano destituite d'ogni validità anche quando non riguardino immobili esistenti in Russia e non contengano disposizioni contrarie all' ordine pubblico dell' impero ». Essendosi ricorso allora al Senato dirigente, questo confessò d'aver deviato dall'opinione emessa nel 1873 avendo positivamente constatato

(1) L. c., pag. 113-140.
(2) Foelix, l. c., n. 402. — (3) Engelmann, l. c., pag. 122-7.

che l'articolo del codice invocato dal ricorrente riguarda soltanto le potenze colle quali esista un trattato. (1) Prevalendo così l'opinione di chi vuol rifiutata l'esecuzione anche nel caso di reciprocità di fatto, (2) la Russia continua ad appartenere a quei paesi che considerano normalmente come non esistenti le sentenze straniere. Lo stesso può dirsi della Polonia Russa che dal 13 luglio 1876 ha la identica legge di procedura, (3) e dove la giurisprudenza vi diede la medesima interpretazione. (4)

Le sentenze della Polonia e della Finlandia sono eseguite in Russia alle stesse condizioni prescritte dal codice di procedura relativamente agli Stati che hanno stipulato trattati senza determinare in questi il modo di esecuzione. (5) Quanto agli altri Stati la mancanza assoluta (6) di convenzioni ha reso fino ad ora del tutto prive di pratica efficacia le norme subordinate del codice di procedura civile.

828. — Finalmente alla stessa categoria, benchè in un punto di transizione, possono ascriversi quelle legislazioni che, senza escludere in via assoluta con una propria disposizione l'esecuzione della sentenza straniera, lasciano piena libertà di accordarla o di rifiutarla al potere esecutivo. Così è del principato di Monaco dove (7) « le sentenze rese e gli atti passati in paese straniero,

(1) Engelmann, pag. 134-6.

(2) Engelmann, pag. 139. — (3) Böhm, pag. 199.

(4) Beschorner, Exécut. des jugem. russes en Allemagne. Flamm, Exécut. des jugem étr. en Pologne. Journal, 1884, pag. 600-4 e 494-8. Corte di Varsavia, 11 giugno 1884: oltre ad invocare il testo della legge, la corte diceva che « ammettendo una conclusione contraria si porterebbe evidentemente of- « fesa ad uno dei principî cardinali delle relaz. internazionali, cioè a quello « della reciprocità secondo il quale ciascuno Stato riconosce i diritti ed i rap- « porti giuridici nati o stabiliti in un altro paese, soltanto nella misura in « cui questo alla propria volta non misconosce i diritti ed i rapporti sus- « sistenti nel primo ».

(5) Engelmann, li c. pag. 129, 135.

(6) Secondo il Moreau - pag. 223, 4 - fanno eccezione i trattati colla Germania del 1874, colla Spagna del 1876 e coll'Italia del 1875, circa le sentenze relative alle successioni; quello coll'Italia [art. 10] stabilisce implicitamente l'esecuzione delle sentenze delimitando le competenze dei magistrati rispettivi; ma nell'attribuire la conoscenza delle controversie relative alle successioni mobiliari ai giudici del paese del defunto, fa eccezione per quei casi nei quali vi fosse interessato un suddito del paese dove fu aperta la successione. — (7) Art. 232 del codice civile.

non saranno esecutori nel territorio e sui beni che vi si trovano se non in virtù d'una ordinanza speciale del principe emanata in seguito a relazione che gliene sarà fatta dall'avvocato generale »; del cantone svizzero d'Appenzell, Rhodes Esteriori dove la domanda di esecuzione è diretta al consiglio di Stato che rendendo la sua decisione non è sottoposto ad alcuna regola assoluta; e del cantone di Zug dove la stessa facoltà spetta al consiglio o al suo presidente. (1) Tali ultimi paesi si distinguono dai primi in quanto non vi è assolutamente esclusa l'esecuzione delle sentenze straniere; anzi, quanto a Monaco, le minute forme di procedura che precedono la decisione del principe, (2) indicano che normalmente la esecuzione vi viene concessa, e che è nel vero chi afferma (3) che la condizione di fatto vi differisce poco da quella degli Stati della prima categoria; ma la mancanza, prescindendo dagli eventuali trattati, di garanzie legali, vi rende ben diversa la condizione di diritto.

829. — La terza categoria di Stati che abbiamo distinto è formata da quelli che combinano il concetto della territorialità formale con quello della estraterritorialità sostanziale, non ammettendo all'esecuzione se non le sentenze di giudici nazionali e perciò non riconoscendo le sentenze straniere come tali, ma attribuendo loro nel nuovo procedimento che deve farsi nel territorio un certo valore di prova. In tal modo può caratterizzarsi il sistema seguito dall'Inghilterra e dagli Stati Uniti, in misura però diversa fra i due paesi e con elementi di distinzione vantaggiosi quanto al primo. (4)

In Inghilterra non esiste veruna disposizione di legge su tale argomento, (5) ma un sistema costante e coerente vi risulta adottato dalla giurisprudenza. (6) Taluno parla di tale sistema ritenendolo eguale di fatto a quello seguito in Italia; così Lord Granville

(1) Roguin, De l'exécut. des jugem étr. en Suisse Journal, 1883, pag. 125, 7.

(2) Moreau, L. c., pag. 214, 5. Daguin, l. c., pag. 352, 3.

(3) Loth, Effets des jugements et actes étr. dans la princip. de Monaco. *Journal*, 1877, pag. 123.

(4) Alexander. Paper on the execution of foreign judgements, in Associat. Report, 1877, pag. 30, 1.

(5) Piggott, Observations sur la procedure anglaise en matière d'exécution de jug. étr. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 36 e *Bullet. de la soc. de lég. comp.* 1883, pag, 249, 50.

(6) Alexander, De l'exécut. des jugem étr. en Angleterre. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1878, pag. 23.

in una nota all'ambasciata italiana a Londra del 15 dicembre 1881, (1) ed li Martens; (2) ma tali affermazioni non sono del tutto esatte e derivano per avventura, la prima da una inesatta conoscenza del diritto italiano in tale argomento, la seconda da inesatta conoscenza d'entrambe le norme di diritto messe a confronto.

In Inghilterra un carattere distintivo del sistema seguito sta nella territorialità formale consistente in ciò: che la sentenza straniera non è esecutiva di per se stessa, nè può essere dichiarata esecutiva come sentenza dal magistrato inglese, ma può essere invocata come titolo nella nuova azione che deve impegnarsi davanti ai tribunali inglesi. E siccome una nuova azione deve venir introdotta ed una nuova sentenza inglese pronunciata sullo stesso argomento deciso dalla sentenza straniera, così non può intendersi che si tratti di conseguimento d'esecuzione di quest'ultima, ma bensì di ricercare un'identica decisione inglese che possa venire eseguita. (3) La condanna (4) pronunciata dalla magistratura straniera non produce in Inghilterra se non una di quelle obbligazioni classificate come *simple contracts* che danno luogo ad un'azione, oppure possono essere verificate come credito in qualunque concorso di creditori. Rispetto dunque alla territorialità formale, dal non riconoscimento della sentenza straniera come tale e dalla conseguente necessità di una nuova azione, la diversità del sistema inglese da quello italiano risulta completa.

Nè, seppur fossero indentiche a quelle del nostro giudizio di delibazione le condizioni sotto le quali si ammette che la sentenza straniera faccia piena prova nel nuovo giudizio, potrebbe dirsi rettamente che i due sistemi giungano ad identici risultamenti pratici. Anzitutto, trattandosi di una nuova azione, l'esplicarsi di questa è sottoposto a tutti i termini, dilazioni, procedure interlocutorie ed appelli che possono presentarsi in qualuuque istanza ordinaria; e le procedure interlocutorie, dice il Piggott (5) « font le bonheur des hommes de loi anglais, mais les frais atteignent parfois des chiffres fabuleux. Il en resulte », continua egli, « que

(1) *Libro Verde* pag. 25: « L'esecuz. delle sentenze estere non è governata nei tribunali brittannici da alcun atto legislativo, ma i principî che vengono applicati sono analoghi a quelli sui quali sono fondati i provvedimenti del codice civile it. sullo stesso argomento ».

(2) Martens, l. c., pag. 496. — (3) Piggott, l. c. pag. 36.

(4) Westlake, l. c., § 292, 3. — (5) Piggott, l. c., pag. 34, 5.

les étrangers hésitent à s'adresser à nos tribunaux, et, à moins que la dette ne s' élève à une somme importante, le debiteur en vertu d'un jugement étranger échappe à toute procédure ... Ainsi deux années peuvent très aisément s' écouler avant qu' il intervienne un jugement définitif, et cependant je n' ai pas supposé d' incident pouvant compliquer la marche de l'affaire, tel qu' une demande de garantie pour frais, une commission d' enquête à l'étranger ». Ma oltrechè dalle conseguenze di ritardi e di spese, anche per altri rispetti più intimi apparisce la diversità dei due sistemi. Così dove vige il riconoscimento nel giudicato straniero dei caratteri distintivi di una sentenza anche prima che sia dichiarato esecutivo, può discutersi se sia lecito invocarlo come eccezione di litispendenza; mentre tale eventualità resta del tutto esclusa nel sistema di diritto inglese; (1) e lo stesso potrebbe dirsi della forza di cosa giudicata rispetto alla quale però la magistratura, con felice inconseguenza, permette in determinate circostanze di fondarvi una eccezione. (2) Dallo stesso principio deriva che, pur secondo quest'ultima interpretazione, un attore che abbia fallito, nei propri tentativi all'estero, può tentare di riuscirvi in Inghilterra; sia con una domanda d'altra natura fondata sui medesimi fatti, sia colla stessa domanda appoggiata a fatti non articolati da lui nell' istanza estera, quantunque allora esistessero. (3)

L'azione deve essere dunque introdotta presso quella magistratura che è competente per giudicarne secondo il diritto inglese; la *probate*, *divorce and admiralty division* dell' alta corte di giustizia è specialmente competente per ogni procedura *in rem* fondata sulla sentenza *in rem* di una corte straniera di ammiragliato o di indole simile, oppure su ogni sentenza pronunciata da un tribunale di questo genere in favore di un creditore privilegiato secondo le leggi marittime.

830. — Tale sistema viene notevolmente mitigato e modificato nei suoi effetti in Inghilterra in quanto, nel nuovo giudizio che si svolge in quel paese, può, sotto certe condizioni, esercitare non poca influenza la sentenza straniera. Sia che la si consideri come una prova assunta all'estero, sia che la si riguardi come

(1) Alta Corte, Div. della Cancelleria, 13 Maggio 1882. M. Henry c. Lewis, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1883, pag. 197.

(2) Westlake, l. c., § 308-316. Pavitt pag. 91, specialmente quanto allo stato ed alla capacità. — (3) Westlake, § 317, 8.

un credito supponendo che il condannato abbia promesso di pagare l'ammontare della sentenza di cui incomba al creditore chiedere il pagamento secondo la legge inglese, in date circostanze essa può venire, davanti al magistrato d'Inghilterra, invocata come un titolo determinante di per sè l'indole del nuovo responso. (1)

Secondo la giurisprudenza più recente è preferita la seconda fra le supposizioni accennate quella cioè che assimila la sentenza straniera ai crediti di cui è più facile la procedura, in modo da evitare anche i ritardi e le spese lamentati dal Piggott. Infatti una decisione della divisione del Banco della Regina (2) confermata dalla corte d'appello, ritiene che sia applicabile alle azioni fondate su sentenze straniere l'ordine XIV delle regole della suprema corte di giudicatura inglese. Ora quell'ordine prescrive il modo più pronto e più efficace che sia stato escogitato finora in quel paese per tutelare obbligazioni di un'ammontare certo e liquido come lettere di cambio, polizze di negozianti od altre somme pagabili su domanda o ad una data fissa che è già trascorsa. L'attore definisce i particolari della propria domanda nella citazione stessa, ed il convenuto se ritiene di avere un valido argomento di difesa, deve comparire entro un breve termine davanti un determinato ufficiale della corte e deporre con giuramento sull'esistenza di qualche argomento di difesa che nell'opinione dell'ufficiale sia sufficiente per autorizzarlo a fare eccezioni; ed anche tale autorizzazione vien ammessa sovente sotto condizione di depositare presso la corte tutta la somma richiesta. Se il permesso di fare eccezioni non viene concesso, l'attore otterrà la sentenza e potrà proseguire all'esecuzione in un breve tratto di tempo e con una spesa relativamente tenue. Tutto il procedimento non richiede più di tre settimane dalla citazione all'esecuzione della sentenza. (3)

Da quella decisione risulta che tale modo di procedura è applicabile anche ad un'azione fondata sopra una sentenza straniera, così che se il convenuto non può stabilire con soddisfazione della corte di aver un buon argomento di difesa, la sentenza può esser fatta eseguire così prontamente come se si trat-

(1) Westlake, L. c., § 292, 3. Bard, l. c., pag. 327, 8. Moreau, l. c., pag. 187-191. — (2) Grant c. Easton, 13, 9 B. D. 302.

(3) Alexander, Jurisdiction with regard to foreign judgements. Associat. Report. 1885. pag. 143, n.

tasse di una somma dovuta per un titolo di credito. Importa ora vedere quali sieno le condizioni, verificandosi le quali, viene concesso in Inghilterra, senza veruna riserva di reciprocità, d'invocare nel nuovo procedimento la sentenza straniera, in questo modo e in questa azione speciale.

Anzitutto, per quanto riguarda la sentenza straniera formalmente considerata, è necessario che essa emani da un giudice competente; e tale è ritenuto il magistrato straniero, ogniqualvolta la parte condannata aveva eletto domicilio nel suo territorio per la materia della quale si tratta; (1) ma la giurisprudenza non ha ancora determinato se il fatto di contrattare sotto l' impero d' una legge che determina un certo luogo come domicilio eletto per quanto riguarda le significazioni che possono risultare da un contratto di quella data specie, equivalga ad elezione di domicilio in quel luogo. (2) Il *forum rei* é ritenuto sempre competente, sia che il convenuto vi appartenga per effetto della *allégeance*, o del domicilio, o della residenza. (3) Un' applicazione indiretta di questo principio si fa ammettendo che sia lecito prevalersi in Inghilterra contro un'azionista di una sentenza resa contro una società, se, secondo la legislazione sotto la quale quella società fu stabilita e fu emanata la sentenza, questa è esecutoria contro gli azionisti. In tal caso si ritiene che all'estero siasi usato di quella competenza anche verso di loro, benchè, essendosi proceduto contro la società della quale essi facevano parte in tali condizioni, non siano stati nominati nella citazione. (4)

Dubbi sussistono ancora quanto al *forum speciale obligationis*, ignorato dall'antico diritto inglese salvo il caso di qualche tribunale strettamente speciale, ma rispetto al quale il diritto contemporaneo dimostrò una notevole tendenza ad ammetterlo senza insistere su alcuna condizione restrittiva, come quella che il convenuto fosse presente nel territorio, o vi possedesse dei beni. (5) Quanto al *forum rei sitae*, in generale lo si riconosce, ma nel diritto scozzese in modo più assoluto di quello che nel diritto inglese; e l'Alexander (6) pensa che la norma accolta dal primo che permette di invocare la competenza come derivante dall'esistenza di qualunque

(1) Westlake, l. c., § 300. — (2) § 301. — (3) § 302. — (4) § 308.

(5) § 303, 4 e Moreau, pag. 189; Daguin, pag. 347; Selim, Aperçu de la loi anglaise au point de vue pratique et commercial, pag. 316.

(6) Alexander, l. c., pag. 145.

proprietà, anche derisoria, nella giurisdizione territoriale delle corti scozzesi, sia erronea, e non debba venir riconosciuta da alcuna convenzione internazionale diretta a garantire l'esecuzione delle sentenze straniere.

È escluso invece assolutamente, come fondamento d'una sentenza straniera, un *forum actoris* simile a quello istituito dall'articolo 14 del codice civile francese. (1) Si riconosce però talora che la condotta del convenuto possa supplire alla mancanza di competenza del tribunale straniero; chi per esempio fu attore davanti a quest'ultimo, sarà ad obbedire alla sentenza emanata da un fòro ch'era stato scelto da lui. (2) La giurisprudenza non è costante nel determinare se il fatto di comparire e di difendersi davanti ad un tribunale supplisca alla mancanza di competenza; ma, secondo i giudici più eminenti, parrebbe che non si potesse attribuire una simile conseguenza al fatto di essersi difeso collo scopo di evitare che si eseguisca una sentenza in contumacia sui beni posseduti nel territorio. (3)

831. — Quanto al carattere della sentenza straniera, è necessario sia tale che, per effetto di quella, incomba alla parte convenuta in Inghilterra di pagare immediatamente. Così se, nel paese dove la sentenza fu resa, essa non è esecutoria durante il termine utile per l'appello, o durante un appello, non si potrà, durante quell'intervallo, intentare in Inghilterra alcuna azione fondata su quella sentenza. Nel caso contrario, si potrà farlo salvo nel tribunale inglese il diritto di vegliare acciocchè non si faccia un impiego abusivo della sua procedura, e, se lo trova giusto, di sospendere il procedimento imponendo al convenuto le condizioni dovute. Fa d'uopo ancora che il pagamento ordinato dalla sentenza straniera sia definitivo fra le parti; non si può far valere in Inghilterra un decreto ordinante il versamento di una somma presso una cassa di depositi finchè un'ulteriore sentenza ne disponga; nè farvi valere una condanna nelle spese d'un incidente; il che non esclude che successivamente l'obbligazione nascente in Inghilterra dalla sentenza definitiva straniera, si estenda ad ogni condanna nelle spese che potrà esservi compresa. (4)

(1) Westlake, § 305 e Godard c. Gray, 10 Dic.: 1870, ap. Westlake. Casi di diritto internazionale, *Revue de Dr. Int.*, 1874.

(2) Westlake, § 306. — (3) § 307. — (4) Westlake, § 295-8.

Circa la sentenza straniera considerata nella sua genesi, è poi ammessa l'indagine relativa all'osservanza delle forme di procedura per poter escludere ogni giudicato ottenuto per frode, (1) e, quanto alla determinazione di quali forme debbano ritenersi sufficienti, vale come massima generale il principio che la procedura è regolata esclusivamente dalla *lex fori;* (2) però le sentenze pronunciate in contumacia sono di regola tenute in Inghilterra per non esistenti, e nel nuovo procedimento iniziatovi colle forme ordinarie non è dato invocarlo a verun titolo. (3) Della sentenza contumaciale non si potrebbe tener conto se non nel caso che il convenuto abbia avuto realmente conoscenza del procedimento iniziato contro di lui, o, nel caso di convenzione espressa, anche quando non ne avesse avuta alcuna notizia. (4)

832. — Le ultime condizioni cui devono corrispondere le sentenze straniere e che ai magistrati inglesi incombe verificare prima di riconoscerle come un titolo, riguardano la loro sostanza, dovendo esse in primo luogo non offendere l'ordine pubblico ed il buon costume in Inghilterra, (5) ed inoltre non essere il risultamento di un errore manifesto. Quando però trattasi di errore di diritto, se il tribunale straniero ha errato direttamente nell'applicazione del diritto materiale inglese, senza essere stato prima informato delle norme sancite da questo, la sentenza potrà essere eseguita egualmente « perchè il tribunale doveva venir informato della legge inglese ed il convenuto avendo trascurato di fargliela conoscere ha perduto il diritto di opporsi per quel motivo in Inghilterra all'esecuzione della sentenza ottenuta contro di lui »; (6) se il giudicato riposa sopra un'errore nell'applicazione indiretta del diritto inglese in quanto fu applicato il diritto materiale di un paese che le massime di diritto internazionale privato accolte in Inghilterra non avrebbero indicato la giurisprudenza più recente tende a riconoscerlo; (7) quando invece sia stato applicato dalla sentenza straniera il diritto del paese dove sedeva il magistrato giudicante, si presume che questo lo abbia rettamente applicato; una parte non può far eccezione

(1) Bard, pag. 327, 8, Westlake, § 311. — (2) § 322.
(3) *Iournal de Dr. Int. Privé,* 1877, pag. 248. Dellò c. Erminia Foscolo.
(4) Moreau, l. c., pag. 189, 190. — (5) Bard, pag. 327, 8.
(6) Corte del Banco della Regina, 10 Dic. 1870. Daguin, pag. 348.
(7) § 310.

su questo punto all'altra, ma se le due parti concordano nell'ammettere che la legge straniera non è stata esattamente applicata, fu giudicato che la corte inglese debba considerare quella sentenza come destituita di qualunque efficacia. (1)

Da ciò apparisce come, anche nello Stato attuale della giurisprudenza inglese, le stesse condizioni sostanziali richieste in una sentenza straniera siano diverse da quelle contemplate dal nostro giudizio di delibazione. E la distinzione risulta in modo assoluto fra i due sistemi da ciò: che, prima della nuova azione la sentenza straniera non esercita in Inghilterra veruna influenza sull'obbligazione a proposito della quale è stata resa, e che, fino a che in un altro giudizio non sia stata rinnovata la sentenza, si ha libera la scelta d'introdurre un'istanza fondata sull'obbligazione originale; (2) sicchè la sostanza della sentenza straniera resta sottoposta, oltrechè all'esame del magistrato, anche all'arbitrio di chi l'ha ottenuta, il quale può scegliere la via d'una domanda veramente nuova e d'un nuovo procedimento.

833. — Quando una sentenza straniera corrisponda a tutte queste condizioni e resista a tutte queste indagini, la corte inglese la riconoscerà come un titolo esigibile, e non permetterà ad una delle parti di opporre all'altra un mezzo di difesa di cui non avesse usato nel primo giudizio. Le sentenze rese in seguito alla confessione di una delle parti e le ordinanze rendenti esecutorie le sentenze arbitrali, non sollevano poi le questioni di competenza e della forza della cosa giudicata, ma hanno di per sè stesse il carattere di convenzioni. Delle une e delle altre, quando riuniscano i requisiti necessari per essere ammesse in Inghilterra all'esecuzione, questa si deve compiere nei modi e nelle forme stabiliti dalla legge territoriale, cioè col mezzo dello sceriffo della contèa dove vi si debba procedere. (3)

Fino ad un'epoca recente le decisioni pronunciate in uno dei tre regni uniti non erano esecutorie negli altri, bensì vi venivano trattate come sentenze straniere; ma due leggi, una del 1868 e l'altra del 1882, relative, la prima alle sentenze delle corti superiori e l'altra a quelle delle corti inferiori, decisero che le sentenze

(1) Meier c. Ralli, 9 Maggio 1876; 1, Common Pleas Division, Westlake, Casi, *Rév. de Dr. Int.*, vol. X, pag. 549, 550.

(2) Westlake, § 313.

(3) Wheaton, vol. I, pag. 144-8, Moreau. pag. 190.

rese da una magistratura sedente in uno di quei paesi dovessero avere piena efficacia in tutto il territorio della Granbrettagna e d'Irlanda. Non altrettanto può dirsi però delle colonie; il solo legame giudiziario fra queste e la madre patria consiste nella possibilità di appellare dalle decisioni di ogni corte suprema coloniale alla regina in consiglio, sicchè il comitato giudiziario del consiglio privato rivede le decisioni giudiziarie coloniali, applicando ad ogni caso particolare la rispettiva legge coloniale. (1) Del resto, come le leggi delle colonie vengono considerate in Inghilterra quali leggi straniere, così, nelle altre corti di giustizia inglesi, le sentenze coloniali vengono trattate come sentenze straniere. La divisione della cancelleria dell'alta corte si pronunciò in questo senso l'8 Giugno 1886 (2) essendo stata presentata da Lord Ardilaun una domanda di liquidazione in confronto della Banca Commerciale dell'Australia del Sud che teneva a Londra una succursale non registrata in Inghilterra, non si tenne conto dal giudice inglese della stessa domanda già presentata in Australia, della nomina d'un amministratore provvisorio avvenutavi un giorno prima che in Inghilterra, e dell'affermazione che i giudici d'Australia avessero anche ordinata la liquidazione; e fu ritenuto che la magistratura inglese fosse competente per ordinare la liquidazione.

Trattati fra la Granbrettagna ed altri Stati su tale argomento non esistono; anzi il governo della regina non ha potere di stipulare convenzioni in proposito; (3) ma, d'un lato la tendenza attuale della giurisprudenza, dall'altro le proposte di scrittori autorevoli come il Piggott, (4) e l'Alexander, (5) e di società come quella per la riforma e la codificazione del diritto delle genti, (6) danno argomento a sperare che la legislazione inglese finisca per adottare senza condizioni di reciprocità un sistema, se non identico, analogo a quello rappresentato dal nostro giudizio di delibazione.

834. — Il sistema degli Stati Uniti è informato al medesimo principio; però lo esplica nel modo più completo, non essendovi

(1) Cotton and Payne, Colonies and dependencies. London, Macmillan, 1883, pag. 164.

(2) Commercial Bank of South Australia. *Journal. de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 351-3.

(3) Lord Granville, nella nota del 15 Dicembre 1881 al march. Menabrea: Libro Verde, cit. pag. 25. — (4) Piggott, l. c., pag. 35, 6.

(5) Alexander, l. c. — (6) Associat. 1883, pag. 118-120, 130-3.

questo stato mitigato nelle sue conseguenze dalla giurisprudenza, sicchè l'Alexander, (1) ne parla come di sistema molto più rigoroso di quello inglese. L'obbligo di intentare una nuova azione fondata sulla sentenza straniera vi fu infatti mantenuto senza attribuire a quell'azione verun carattere specialmente sommario e privilegiato. (2) Perciò il carattere del sistema che è relativo alla territorialità formale, rimane negli Stati Uniti completamente inalterato, e ne risulta come in Inghilterra, anzi a più forte ragione di quello che in quel quest'ultimo paese, che sarà competente a giudicare di una domanda fondata sopra una sentenza straniera, non già, come nel nostro paese, un grado speciale ed unico della magistratura, ma, secondo i casi, quel magistrato che sarebbe competente se il motivo dell'azione fosse sorto nel territorio.

Il giudicato straniero non può essere invocato davanti ai tribunali americani se non come una prova della pretesa, che può essere oppugnata con altre prove, o come un elemento di difesa che può essere combattuto dall'attore. (3) Quando a tale titolo, cioè come elemento di prova, il giudicato straniero sia invocato davanti ai giudici degli Stati Uniti, esso viene sottoposto ad un'inchiesta d'ordine formale, e nella parte materiale riconosciuto come titolo nei limiti consentiti dal diritto territoriale. La competenza del tribunale straniero è giudicata esclusivamente secondo le norme di giurisdizione e di competenza del diritto americano; (4) circa alle regole di procedura osservate da quello, si richiede che le parti siano state citate; che la decisione sia stata pronunciata regolarmente, e non siasi ottenuta con frode; (5) quanto ai caratteri formali della sentenza in sè stessa si esige che sia definitiva.

Se la sentenza straniera corrisponde a tali condizioni, la domanda fondata su quella informerà la sentenza del giudice americano, la quale avrà lo stesso vigore ed effetto che gli altri giudicati della magistratura territoriale, e sarà eseguita nel medesimo

(1) L. c., Report. 1877, pag. 31.

(2) Coudert, De l'éxécut. des jugement étr. aux Ét. Unis, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1879, pag. 21 e segg.

(3) Wharton. Treatise on conflicts of laws, § 819 e Wharton, A Digest of, Int. Law of the United States, Washington, Lowdermilk, 1888, vol. II, § 238.

(4) C. di circ. di New York, 24 Febb. 1873, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1874, pag. 45.

(5) Coudert, l. c.

modo. (1) I motivi di ordine sostanziale per cui il giudice americano può rifiutarsi di pronunciare una sentenza conforme a quella straniera, o può escludere dalla propria disposizione una parte delle disposizioni di quella, sono anzitutto quei motivi di ordine pubblico che sono dovunque un motivo per respingere il riconoscimento e l'applicazione del diritto straniero; (2) ma inoltre produce le medesime conseguenze la contrarietà della sentenza straniera coi principî generali ammessi in materia di convenzioni o di obbligazioni, ed in genere col diritto comune. (3) Gli Stati Uniti poi, come l'Inghilterra, non hanno finora stipulato trattati su tale argomento colle altre potenze.

835. — La Francia può essere ascritta a quei paesi che combinano il minimo di territorialità formale con un grado superiore al minimo di territorialità materiale, inquantochè non esigono perchè la sentenza sia atta a venir dichiarata esecutoria, che sia stata pronunciata dai loro magistrati, accontentandosi invece che questi la controllino e le attribuiscano efficacia esecutiva; ma estendono tale controllo materiale della sentenza, in quanto riguarda la sostanza di questa, oltre ai limiti richiesti dalla tutela dell'ordine pubblico e del diritto pubblico.

Due disposizioni di legge formano la base del diritto francese in tale argomento: l'articolo 2123 del codice civile dispone: « l'ipoteca non può del pari risultare dalle sentenze rese in paese straniero, se non in quanto esse furono dichiarate esecutorie da un tribunale francese, senza pregiudizio delle disposizioni contrarie che possono esistere nelle leggi politiche e nei trattati; » e l'articolo 546 del codice di procedura civile dispone che « le sentenze rese dai tribunali stranieri non saranno suscettibili d'esecuzione in Francia se non nel modo e nei casi previsti dall'articolo 2123 del codice civile », correggendo così la dizione di quest'ultimo che, se

(1) Comunicaz. dell'Attorney generale degli Stati Uniti, B. H. Brewster, al Segret. di Stato del 12 Dic. 1884, *Libro Verde* cit., pag. 155-7.

(2) Brewster, l. c.

(3) Coudert, l. c., V. sentenza negante ogni considerazione ad un giudicato francese che aveva accordato ad un genero, in confronto di suoceri, una pensione alimentare, ritenendo che l'obbligazione alimentaria risulti da una legge essenzialmente locale concepita collo scopo di evitare al pubblico il mantenimento dei poveri che potrebbero venir soccorsi dalla famiglia; e che debba considerarsi di ordine pubblico la norma di diritto americano che vieta d'imporre arbitrariamente ad una persona il mantenimento di un'altra.

fosse stata riprodotta nel codice di procedura, avrebbe escluso dall'esecuzione in Francia anche tutte le sentenze pronunciate all'estero da ufficiali consolari francesi. Da tali disposizioni risultano due concetti: uno positivo ed uno negativo: il primo, che si considerano, come avviene nella nostra legge, le decisioni straniere come sentenze cui manca ancora l'efficacia in Francia senza mancarvi il carattere intimo e sostanziale di sentenza così da rendere necessario un nuovo giudizio; ed il secondo, che vi è negato loro ogni vigore esecutivo finchè non sia intervenuto l'esame e la dichiarazione di esecutorietà dei magistrati francesi. Rispetto a tali principî generici si può dire col Clunet, (1) che il sistema francese trovasi di fatto e di diritto d'accordo col nostro. Che poi non possa affermarsi esistere una analogia di fatto anche nel modo di esplicare il secondo di quei due concetti legislativi da parte della giurisprudenza, risulta chiaramente a mio avviso da un breve esame di quest' ultima.

Tale accordo fino ad un certo punto, può affermarsi esistente in quanto si riferisce alle sentenze relative allo stato ed alla capacità personale, (2) quanto alle quali il rispetto del giudicato straniero deve di necessità risultare dal rispetto della legge personale, all' applicazione della quale s'è informata la decisione del giudice straniero. Alle sentenze favorevoli a questa soluzione citate dal Laurent, (3) si possono aggiungere quella del tribunale della Senna del 3 aprile 1883 (4) la quale affermò nel modo più esplicito che una decisione fissante o modificante lo stato della persona, è applicabile di pieno diritto in Francia come la stessa legge in virtù della quale fu pronunciata; quella del tribunale civile di Annecy del 7 maggio 1884, (5) ammettente che una sentenza straniera che abbia pronuncianta l'interdizione d'un individuo, pur non avendo di per se stessa la forza di cosa giudicata in confronto dei terzi aventi un interesse contrario, possa almeno venire invocata dal tutore come prova materiale della propria qualità, anche prima che il magistrato francese la abbia dichiarata esecutiva; quella del 27 gennaio 1885 del tribunale della Senna se-

(1) Clunet, nell'Assoc. Report, 1877, pag. 32.
(2) Weiss, l. c., pag. 960-2, Bard, pag. 319-321.
(3) Laurent, op. cit. vol. VI. pag. 172, 3.
(4) Ladelli c. Mini, Journal, 1883, pag. 515, 6.
(5) Orlyé c. Decoux, Journal, 1885, pag. 438-440.

condo la quale una sentenza straniera importante un mutamento di nome patronimico, non implicando esecuzione forzata, può servir di base in Francia ad una domanda giudiziaria senza che sia necessario farla precedere da una dichiarazione di esecutorietà; (1) e quella dello stesso tribunale del 4 dicembre 1886 che, a proposito d'un divorzio pronunciato a Ginevra e del quale il *maire* del circondario di Parigi dove il matrimonio era stato celebrato rifiutavasi a fare la trascrizione sull'atto di matrimonio, giudicò che le decisioni dei tribunali stranieri fissanti o modificanti lo stato della persona, sono *ipso jure* applicabili in Francia senza bisogno di *exequatur*, specialmente quando la decisione straniera non dà luogo ad atti di esecuzione. (2)

Combinando però tali decisioni con quelle delle corti d'appello secondo le quali « quelle que soit la nature de l'acte invoqué, il ne saurait recevoir d'exécution en France qu'après avoir été déclaré éxecutoire en connaissance de cause », (3) e la regola del controllo dell'autorità giudiziaria francese « est absolue et ne comporte aucune distinction ni de personnes, ni de matières, puisant son unique raison d'être dans l'estraneité du pouvoir qui a statué », (4) si può concludere in modo più limitato che la sentenza straniera relativa allo stato ed alla capacità non abbisogna di controllo per poter far fede quando non richiede atti d'esecuzione, restando ad indagare, quanto a quelle sentenze ed a tutte le altre che implichino simili atti di esecuzione, in quanto il controllo del sistema francese, del quale, per le prime con qualche divergenza, per le seconde senza verun dubbio, pur si afferma genericamente la necessità, differisca da quelli degli altri Stati fino ad ora accennati.

836. — Alla sentenza straniera si riconosce in genere in Francia, come apparisce da quanto si disse finora, l'attitudine a far fede dei fatti che vi sono constatati; (5) ma la giurisprudenza francese è, nella grande maggioranza, favorevole al diniego, prima della dichiarazione di esecutorietà, della forza di cosa giudicata, (6) ravvisando in questa un'autorità che, quantunque non metta la forza pubblica a disposizione d'una giurisdizione straniera,

(1) D.r Evans c. John Evans d'Oyley; *Journal*, 1885, pag. 443, 4.

(2) *Journal*, 1886 pag. 712, 3.

(3) Laurent, l. c., pag. 175. — (4) Laurent, l. c.

(5) Bard, l. c., pag. 319. — (6) Weiss, pag. 957, n. 1.

pur darebbe alle decisioni di questa l' effetto, altrettanto contrario ai diritti dello Stato, di sottrarre anticipatamente la conoscenza d' una controversia ai tribunali istituiti dalla sovranità territoriale. (1) Pur tenendosi dunque distinta l'eccezione di cosa giudicata dagli atti di esecuzione, si ritiene che, parlando di esecuzione, la legge abbia voluto riferirsi a tutti gli effetti, anche negativi, delle sentenze. (2)

Guidata da tali concetti la corte di cassazione fin dal 1852 (3) decideva « che non può darsi l' esistenza di violazione della cosa giudicata quando la sentenza cui si vorrebbe attribuire tale efficacia fu resa da un tribunale straniero e non ottenne ancora in Francia dichiarazione d'esecutorietà »; e la giurisprudenza più recente segue lo stesso indirizzo. Così nel 1880 la corte d'appello di Parigi decise che una seconda sentenza resa nello stesso paese dove fu pronunciata la prima di cui si domanda l'esecuzione, ed ordinante di soprassedervi, non autorizza, finchè non sia stata resa esecutiva, il giudice francese ad uniformarvisi; (4) e nel 1885 (5) il tribunale civile della Senna respinse l' eccezione di cosa giudicata basata sopra una sentenza del *cadì* di Tunisi, ritenendo che impedisse di accoglierla l'articolo 546 del codice di procedura civile. Da ciò deriva che non si possa ricorrere ad un sequestro conservativo in virtù d' una sentenza straniera non dichiarata esecutoria. (6)

Si respinge talora l' eccezione di cosa giudicata anche quando la parte che rinnova l'azione fu già attrice davanti al tribunale straniero. Una sentenza della corte di cassazione dell' 11 dicembre 1860

(1) Bard, l. c., pag. 318. — (2) Moreau, l. c., pag. 104.

(3) 27 dic. 1852, l. c., pag. 318, n. 1.

(4) Corte d'app. di Parigi 23 agosto 1880, ap. Bard. pag. 318, n. 2.

(5) 18 luglio 1885. Trib. civ. della Senna, Hamidà c. Benajad. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 188.

(6) *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1884, pag. 640, 1. Trib. civ. di Charolles, Motsch c. Weil. Quest'ultimo aveva ottenuto contro il primo nel 1876 dal giudice di pace di Ensisheim nell'Alsazia-Lorena, una sentenza che lo condannava al pagamento di 900 marchi; in virtù di quella sentenza, non dichiarata esecutoria in Francia, egli procedette nel 1883 ad un sequestro presso il direttore delle officine di Sarreguemines dove il Motsch era impiegato; questo oppose l' eccezione fondata sul carattere d'estraneità del giudicato, che venne accolta dal tribunale; v. anche *Journal de Dr. Int. Privé*, 1877, pag. 149.

decideva che « il francese che ha portata la sua domanda davanti un tribunale straniero, non è ritenuto aver rinunciato alla giurisdizione dei tribunali del suo paese se non quando tale rinuncia sia stata libera e volontaria; e che non si potrebbe attribuire tale carattere ad una citazione fatta da un francese ad uno straniero davanti un tribunale straniero in casi straordinarî ed urgenti che limitano la libertà della sua persona, o difficultano e compromettono l'esecuzione dei suoi impegni; e che il giudice francese deve apprezzare le circostanze che hanno determinato l'azione formata davanti la giustizia straniera ». (1) Ed in modo meno giustificabile il tribunale di commercio della Senna (2) giudicò che « lo Stato di fallimento aperto all'estero dove trovasi un negoziante esercitante il commercio in Francia, non possa essere di ostacolo ai procedimenti individuali dei suoi creditori nel territorio francese quando quella sentenza non sia stata dichiarata esecutoria in Francia, nemmeno nel caso che i creditori francesi abbiano insinuato nel fallimento straniero i proprî crediti »; emettendo così una sentenza che la sollecitudine dell'interesse esclusivo dei cittadini in confronto degli stranieri spiega ma non può giustificare, e cui si oppone il carattere che pur in Francia si riconosce in generale alla sentenza dichiarativa di fallimento. (3) Del pari la corte d'appello di Rouen (4) giudicò che un francese il quale abbia ottenuto una sentenza straniera ed abbia cominciato in Francia la procedura d'esecuzione, può desisterne e, rinunciando al beneficio di quella sentenza, ricominciare una nuova azione davanti ai giudici francesi.

Da tale dottrina deriva a più forte ragione che la litispendenza e la connessità non possano esistere se non fra tribunali francesi, sicchè un tribunale francese, investito d'una controversia dopo un tribunale straniero, non dovrà ritardare la propria de-

(1) Bard, l. c., pag. 319.

(2) 29 Giugno 1881, Vieillaud-Migeon c. Rueff. *Journal de Dr. Int. Privé,* 1883 pag. 50, 1.

(3) *Journal de Dr. Int. Privé,* 1887 pag. 740. Questions et solutions pratiques; vedi anche Louis Thevenet: De l'autorité et de la force executoire des jugements étrangers en France et des jugements français dans les principaux états étrangers.

(4) 2 Aprile 1885. C.[ie] Hambourgeoise-americaine c. assureurs; *Journal de Dr. int. priv.* 1886 pag. 190-2.

cisione finchè quest'ultimo tribunale abbia pronunciato la sua; (1) nè, quando trattasi di un convenuto francese, si ammetterà che equivalga a rinuncia al privilegio concessogli dall'articolo 14 del codice civile, il fatto di essersi difeso davanti un tribunale straniero da un'azione che gli era stata intentata; (2) il che non gli impedirebbe pertanto di ripresentarsi come attore davanti ai tribunali francesi.

837. — La domanda di *exequatur* deve essere presentata per via di citazione; e ciò viene approvato da scrittori francesi anche nell'ipotesi d'un'assimilazione del sistema del loro paese a quello italiano, ravvisando essi giustamente sempre in quella istanza un certo carattere contenzioso, (3) dal momento che la giustizia esige si lascino al convenuto i mezzi di opporsi alla domanda di *exequatur*. (4) Nei rapporti fra la Francia e l'Italia la domanda deve, secondo i loro accordi convenzionali, (5) iniziarsi coll'invio da corte a corte di commissione rogatoria; non mancano, è vero, sentenze (6) che ritengono non indispensabili le com-commissioni rogatorie, ammettendo che si possa procedere mediante citazione come per le altre sentenze straniere: ma tale soluzione non appare sostenibile (7) e, quando pur la si ammetta, si ritiene in generale che il giudizio precedente la dichiarazione d'esecutorietà debba essere contenuto, non già nei limiti assegnati dalle convenzioni franco-italiane, ma nello stesso modo che si tiene per le altre sentenze straniere.

Quanto alla competenza personale, la corte d'appello di Parigi giudicava nel 1861 (8) che i tribunali francesi non abbiano com-

(1) C. di Parigi, 15 Giugno 1883. Société générale c. Union générale: il sindaco dell'Union Générale chiedeva l'autorizzazione a farsi consegnare dalla Banca di Milano la somma di lire 900,000; si opponeva un'azione già pendente della Société générale contro la Banca di Milano davanti il tribunale di commercio di Milano; — e C. di Lione, 17 Ottobre 1886, Ract c. Duviard-Dime. *Journal de Dr. Int. Privé.* 1887, pag. 186, 7.

(2) *Journal de Dr. int. priv.* 1884 pag. 626, 7; C. di Parigi, 9 luglio 1884, Martial de Bléret et Henry.

(3) Daguin, l. c., pag. 201. — (4) Moreau, l. c., pag. 145, 6.

(5) Tratt. del 24 Marzo 1760 art. 22, ².

(6) Trib. civ. dell'Havre, 8 Gennaio 1885, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 293-5.

(7) *Révue Critique*, 1886, pag. 688, 9.

(8) 15 Giugno 1861, ap. Daguin, pag. 96.

petenza per dichiarare esecutorie in Francia le sentenze emanate all'estero fra stranieri, adducendo come argomento che l'amministrazione della giustizia è istituita per amministrarla ai nazionali. Ma ora tale giurisprudenza venne abbandonata dalla magistratura francese molto più completamente in quanto riguarda l'esecuzione delle sentenze che non in quanto si riferisce all'amministrazione della giustizia in genere. Il tribunale civile della Senna e la corte di Parigi (1) respinsero l'eccezione fondata su tale motivo anche nel caso in cui il convenuto straniero non avesse in territorio francese se non un domicilio di fatto, distinguendo opportunamente fra il dichiarare esecutoria una sentenza ed il rendere giustizia, e notando che gli articoli del codice civile e di quello di procedura su tale argomento non distinguono le sentenze rese fra francesi e stranieri, da quelle rese fra stranieri. Sull'eccezione opposta da un principe di Borbone ad un altro straniero che domandava in Francia contro di lui l'esecuzione di una sentenza brasiliana, pronunciò nello stesso modo il 3 dicembre 1885 il tribunale civile della Senna. (2)

Fra i magistrati francesi che hanno a tal uopo in genere giurisdizione quando si tratti di eseguire una sentenza straniera contro chicchessia, è poi specificatamente competente il tribunale di prima istanza. (3) Questo è il diritto comune della Francia applicabile ogni qual volta non dispongano altrimenti, come nel caso dell' Italia, le convenzioni internazionali; perciò la corte d'appello di Chambery, (4) nel caso di una domanda per concessione d'esecutorietà a due sentenze rese dal tribunale di Ginevra, si dichiarò incompetente, riaffermando la competenza esclusiva dei tribunali di prima istanza. La competenza territoriale sarà poi indicata dalle norme comuni; di regola spetterà il giudizio al tribunale del domicilio o della residenza del convenuto; (5) in secondo luogo sarà competente quello della situazione dei beni sui quali la sentenza dev'essere eseguita; in fine, se il convenuto non ha in Francia nè

(1) 1° Aprile 1884 e 13 Gennaio 1885, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 553, 4. Wachter c. Schorstein.

(2) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886 pag. 446, 7.

(3) Art. 2123 c. c. fr.; art. 54 c. proc. fr., Moreau, pag. 143, Daguin, l. c. pag. 189-198.

(4) 18 Marzo 1885, Jaillet Perrin, syndic Brun, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 82, 3. — (5) C. proc. civ. art. 59, § 1.

domicilio, nè residenza, nè beni, chi domanda l'*exequatur* può rivolgervisi a qualunque tribunale di prima istanza. (1)

838. — Trattandosi poi d'una materia contenziosa e dovendo l'istanza di esecutorietà approdare ad una sentenza, è necessario che il tribunale investitone segua le regole normali di procedura. Perciò la domanda di *exequatur* dovrà farsi per citazione e non già incidentalmente nel corso della decisione relativa ad un'altra domanda ; (2) e se un tribunale francese, dovendo incidentalmente conoscere d'un processo svoltosi all'estero, vi fa allusione, ciò non può invocarsi come equivalente ad un riconoscimento della cosa giudicata. (3)

Le forme e l'indole della procedura devono essere pertanto quelle ordinarie, tanto per le sentenze propriamente dette, quanto per le decisioni arbitrali non volontarie; (4) e lo straniero che domanda l'*exequatur* dovrà prestare la cauzione *judicatum solvi*, ogni qualvolta si tratti di sentenza civile straniera, ma potrà esentarsene, benchè a conoscere della sua domanda sia competente il tribunale civile, quando si tratti di sentenza pronunciata in materia commerciale. (5) La domanda dovrà, in quanto per un certo rispetto interessa la sovranità, essere comunicata al pubblico ministero conformemente all'articolo 82, 1. del codice di procedura civile; (6) la sentenza dovrà pronunciarsi in pubblica udienza. (7)

(1) Weiss, l. c., pag. 970.

(2) Trib. civ. di Charolles, 10 Aprile 1884, *Journal* 1884, pag. 626.

(3) Trib. di comm. di Marsiglia, 17 Aprile 1887, Ollavaries c. Mac Laren Crum e C. Il tribunale di Marsiglia e la Corte di Aix avevano obbligato a dare una cauzione l'armatore d'una nave inglese citata per abbordaggio davanti ai giudici spagnuoli e riparatasi nelle acque francesi; sorta una contestazione circa il mantenimento della cauzione, quelle magistrature la mantennero fino a soluzione del litigio da parte dei giudici competenti ; dopo pronunciata la sentenza da parte di questi, il tribunale di Marsiglia affermò la necessità del giudizio di revisione e negò che si potesse assimilare a riconoscimento d'autorità di cosa giudicata nella sentenza straniera, il riconoscimento di competenza nel magistrato straniero giudicante. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 744-7.

(4) Moreau, pag. 147.

(5) Tribunale civ. della Senna, 18 Marzo 1875, e 3 Luglio 1880, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1876, pag. 179, e 1882, pag. 615.

(6) Moreau, l. c. pag. 148.

(7) C. di Nancy, 7 dic. 1872, e trib. di Havre, 8 gennaio 1875, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1874, pag. 242, e 1876, pag. 103.

Quanto alle spese, il tribunale dell'Havre giudicò, (1) che debbano essere sostenute da colui che ha ottenuta la sentenza, perchè « c'est à la personne qui se prévaut d'un jugement étranger à faire les diligences nécessaires pour valider son titre en France; la nécessité de recourir à la justice française provenant du fait du créancier et d'une situation légale qui lui est personnelle, c'est à lui de supporter les dépenses de la procedure ». Ma l'opinione più giusta e prevalente, è che anche la loro attribuzione debba regolarsi secondo il diritto comune. (2) « Selon nous, dice il Daguin, « cette décision est mauvaise et injustifiable... le strict bon sens « veut qu'on applique en pareil cas les règles du droit commun ».

Dal momento poi che si riconosce nella decisione di esecutorietà tutti i caratteri di una sentenza, fa d'uopo ammettere contro di quella tutti i mezzi di ricorso. (3) Quanto all'appello però molte decisioni ritennero che si debba tener conto del valore del litigio, (4) ma il Daguin ed il Moreau giustamente le combattono, (5) sostenendo che la domanda d'*exequatur* non deve essere considerata soltanto come accessoria d'una domanda principale, ma come una nuova domanda non suscettibile di valutazione pecuniaria la quale perciò non può intendersi decisa se non in prima istanza.

839. — Il magistrato francese considerando dunque il giudicato straniero come una sentenza, lo controlla tanto nella parte formale quanto in quella sostanziale; dal primo punto di vista deve esaminare la fonte da cui è emanato, il modo in cui si è svolto il procedimento che vi diede origine, e la forma in cui si presenta. Rispetto alla constatazione della competenza del magistrato che ha pronunciato, le regole del diritto francese prevalgono a quello del diritto straniero, il quale viene bensì preso in considerazione, ma soltanto nel suo aspetto negativo. Quando invece alla competenza sussistente secondo le norme straniere faccia riscontro l'incompetenza risultante da quelle francesi, queste ultime son fatte prevalere. «Il faut,» giudicava la corte di cassazione, (6) « que le tribunal

(1) 8 Gennaio 1875, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1876, pag. 103.

(2) Art. 130 del cod. di proc. civ.

(3) Daguin l. c. pag. 204, 5.

(4) C. d'app. di Parigi, 7 Febbraio 1880 e C. di Cassaz. 21 Agosto 1882, *Journal. de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 585 e 1882 pag. 625.

(5) Daguin pag. 206, Moreau pag. 152-3.

(6) 27 Aprile 1870, ap. Daguin, l. c., pag. 105.

dont émane le jugement qu'on veut éxécuter dans notre pays, soit compétent non seulement d'après les lois du pays auquel il appartient (puisque les lois sur la compétence sont essentialement territoriales), mais encore d'après la loi du pays de l'exècution, puisque le législateur de ce pays ne peut accorder cette faveur qu'aux jugements rendus par des tribunaux que lui méme reconnait comme compétents ».

La giurisprudenza francese non fa se non esplicare tale concetto; quando non vi si opponga una disposizione imperativa della legge territoriale, essa riconosce le competenze speciali ed eccezionali stabilite dalla giurisprudenza straniera, (1) ma quando trova queste ultime in antinomia con una regola della legge francese, il rispetto della legge straniera vien meno per lo più anche in quei casi (2) in cui questa non faccia se non applicare in confronto dei francesi una regola eccezionale di competenza pur applicata in Francia in confronto degli stranieri. Così il tribunale della Senna (3) respinse la domanda di esecutorietà presentata dal liquidatore d'una società inglese di una sentenza della divisione di cancelleria dell'alta corte d'Inghilterra condannante parecchi sottoscrittori francesi a versare presso di lui le somme formanti il complemento delle loro sottoscrizioni, e motivò il proprio rifiuto dicendo che i convenuti erano francesi, che trattavasi di materia personale e mobiliare rispetto alla quale il convenuto, secondo l'articolo 59 § 1 del codice di procedura civile, dev'essere citato davanti ai giudici del proprio domicilio; e che l'eccezione fatta a questa regola dall'articolo 14 del codice civile a profitto del francese che agisce contro uno straniero non implicando la reciprocità, il giudice inglese doveva essere ritenuto incompetente e la sua sentenza come non avvenuta.

La competenza straniera si riconosce invece come prevalente tanto alle regole normali quanto a quelle eccezionali francesi, quando il francese abbia attribuito convenzionalmente competenza alle autorità giudiziarie straniere; (4) in tal caso la parte fran-

(1) *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 502. 3. e 1887, pag. 452.

(2) V. per l'ammis. eccez. in questo caso della comp. spec. str. per motivo di reciprocità. Vol. II, pag. 237, 8.

(3) 24 Agosto 1881. Young liquidatore della Saint Nazare Comp. limited c. Allair e Maas. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1882, pag. 306-8.

(4) Tribunale civ. della Senna, 10, Febbraio 1886, Ayrault Gondraud. c. l'Urbaine, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 324, 5, e tribunale civ.

cese non può più prevalersi delle disposizioni dell'articolo 14 del codice civile per citare l'altra parte davanti i tribunali francesi.(1) Ma quando tale rinuncia non sia avvenuta, e la legge francese contenga qualche norma di competenza assoluta, nessun valore potrà attribuirsi alle norme diverse del diritto straniero.

Ritenuta così come una regola assoluta la competenza esclusiva dei magistrati nazionali nelle questioni di Stato, non può dichiararsi esecutoria una sentenza straniera pronunciante la separazione fra coniugi francesi; (2) e la corte di Aix, ritenendo che a giudicare di un abbordaggio avvenuto in alto mare sia competente il tribunale del paese di cui la nave porta la bandiera, non volle riconoscere la competenza del primo porto di approdo della nave, sancita dalla legge italiana, (3) e negò l'autorità di cosa giudicata ad una sentenza pronunciata dal tribunale di Livorno dove una nave italiana e gli avanzi di un equipaggio francese s'erano riparati dopo una collisione avvenuta fuori delle acque territoriali. (4)

840. — In quanto riguarda la regolarità dello svolgersi del procedimento, si bada in generale alla legge del paese dove sedeva il magistrato giudicante, purchè non siasi contravvenuto alla regola, generalmente riconosciuta nei paesi civili, che le parti devono essere state debitamente citate e legalmente rappresentate o legalmente contumaci; per tal motivo il tribunale della Senna ritenne, a proposito di una sentenza russa, che il non essere il convenuto stato informato degli atti di procedura fatti contro di lui, sia un motivo per opporre un rifiuto alla domanda di esecutorietà; (5) e la corte di Rennes negò l'esecuzione di una sentenza inglese, perchè i convenuti non erano stati regolar-

della Senna, 30 Marzo 1886. Abraham c. Halphen, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 614-6.

(1) Corte d'appello di Parigi, 9 Marzo 1887. Moraine c. Casa Loring et C. des chemins de fer Andaloux; *Journal de Dr. Int. Privé*, 1888, pag. 96-8.

(2) Corte d'appello di Parigi, 28 Maggio 1884. Bionne c. Schneider *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 622-4.

(3) C. per la marina merc. art. 435.

(4) C. di Aix, 24 Marzo, 1885. C. Florio c. assicuratori dell'« Oncle Joseph »; *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885. pag. 286-9.

(5) 7 Maggio 1885, Abaza c. Potocki, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 84-86.

mente invitati a far valere le proprie ragioni davanti alla magistratura inglese mediante una citazione fatta col mezzo di un ufficiale pubblico istituito per tale scopo in Francia. (1) Da tali sentenze però, e specialmente da quest'ultima, apparisce che, anche sotto tale rispetto, come sotto quello della competenza, la giurisprudenza francese è molto più rigorosa quanto alle procedure straniere contro francesi, che non quanto alle procedure francesi contro stranieri, ritenendo in quest'ultimo caso come debitamente citato e legalmente contumace il convenuto straniero non residente in Francia, quando sia stato citato presso il procuratore della repubblica, quantunque sia stato giudicato prima ch'egli avesse notizia alcuna della citazione.

Il giudicato del quale si vuol ottenere l'esecuzione sarà poi considerato in se stesso, per constatare se corrisponde ai caratteri di una sentenza e di una sentenza capace di esecuzione. Così un patto di famiglia od una transazione fra stranieri, quantunque omologata da un tribunale del loro paese, non è suscettibile di ottenere in Francia l'esecuzione come una sentenza, (2) della quale non ha il carattere nè per sè stessa, nè secondo le leggi del suo paese d'origine; e per lo stesso motivo, trattandosi di permettere che un giudicato produca i suoi effetti, ma non già di attribuirgli effetti che non gli son propri, una sentenza straniera, pur perfettamente regolare ma incorsa nella prescrizione nel paese dove era stata pronunciata, non potrebbe in verun modo venir dichiarata esecutoria in Francia. (3) Rispetto alla necessità del carattere definitivo della sentenza, v'è disaccordo nella giurisprudenza: secondo alcuni giudicati non può concedersi l'exequatur a sentenze non suscettibili di esecuzione nel paese dove furono pronunciate; (4) secondo altri una sentenza straniera, anche non definitiva, potrebbe

(1) Ap. Daguin, pag. 111. — « qu'ils n'ont pas été mis en mesure de se « défendre devant la jurisdiction anglaise; qu'ils n'ont pas obtenu de« vant le maître des rôles les legitimes garanties d'une defense serieuse; « qu'il a été ainsi contrevenu aux principes fondamentaux sur lesquels « notre législation répose ».

(2) Trib. civ. della Senna, 4 Marzo 1885, Einhorn, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 88, 9.

(3) Corte d'app. di Tolosa, 4 Febbraio 1886, Save c. Passama. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 332-4.

(4) Corte d'app. di Boulogne sur mer, 10 Febbraio 1881. *Journal de Dr. Int, Privé*, 1882, pag. 81-4.

ottenerlo sotto riserva dei diritti di ricorso che potrebbero esercitarsi contro di essa davanti ai tribunali stranieri. (1)

Un' altro dubbio può sorgere circa il rifiuto di exequatur per mancanza di motivazione. Da questo punto di vista non è dato invocare le obbiezioni che possono farsi al rifiuto opposto per tal motivo nel sistema italiano nel quale la legge specifica le condizioni della esecutorietà senza contenere quella della motivazione; (2) ma non militano d'altronde in suo favore in Francia le ragioni che si possono invocare per esigere tale condizione in Italia; infatti nel nostro paese la revisione materiale è limitata a quanto esige la tutela dell'ordine pubblico, ed anche questa tutela può risultare diminuita quando si rinuncia a quella garanzia ed a quel mezzo di controllo che son relativi alla motivazione, mentre in Francia rendono meno necessaria tale garanzia le diverse proporzioni del controllo materiale cui vien sottoposta la sentenza straniera.

841. — Quanto a quel minimo di territorialità materiale che è ammesso anche nel nostro paese, non può cadere verun dubbio, perchè è necessario non ammettere all'esecuzione veruna sentenza che sia contraria ai concetti fondamentali giuridici, etici ed economici sui quali riposa l'eistenza stessa dello Stato. Nè manca in Francia chi sostiene non solo che a questo minimo dovrebbe arrestarsi la prevalenza del diritto territoriale sulla norma sancita dalla sentenza straniera, ma che tale limitazione di territorialità sarebbe conforme alle stesse disposizioni della legge francese. Il Weiss invoca a sostegno di tale affermazione l'articolo 2123 che attribuisce la conseguenza dell'ipoteca sotto la condizione d'aver ottenuta l'esecutorietà alla sentenza straniera come tale, e l'antitesi esistente fra gli articoli 546 e 547 del codice civile, dei quali l'uno dispone sull'esecuzione delle sentenze straniere, e l'altro disponendo sull'esecuzione di quelle francesi fuori della giurisdizione da cui emanano, stabilisce che avvenga « sans visa ni pareatis ». « N' est ce pas », conclude egli, (3) « que l' exequatur éxigé par

(1) C. di Parigi, 11 maggio 1869, ap. Daguin pag. 108, n ; e 19 agosto 1884, *Journal*, 1885 pag. 86 e tribunale civ. della Senna, 7 Luglio 1885, *Journal*, 1886, pag. 447, 8.

(2) C. d'app. di Genova, 20 ottobre 1887, Petterson c. Asserto, *Annali*, 1888 III, pag. 65-8.

(3) Weiss, l. c. pag. 968.

« la texte précédent pour les jugements étrangers, et dont l'ar-
« ticle 517 a pour objet de prevenir l'extension aux actes de la
« justice française se reduit à une simple formalité de *visa* ou *pa-
« reatis?* ». (1) Altri credono che la revisione sostanziale della sentenza straniera non debba sempre contenersi in quei limiti minimi, ma soltanto in quei casi nei quali la domanda presentata per ottenere l'esecuzione non interessi un francese; (2) giungendo in quest'ultimo caso talora a non accontentarsi di esercitare la revisione sostanziale, ma a negare ogni possibilità di esecuzione della sentenza quando questa sia stata pronunciata all'estero in contumacia contro un francese; (3) ed accordando secondo le condizioni normali l'esecutorietà quando il francese come attore all'estero abbia rinunciato al suo privilegio giurisdizionale. (4)

Ma nella giurisprudenza, dove pur talora si manifesta tale tendenza a procedere ad un semplice giudizio di delibazione quando non sia interessato un francese, prevale ancora la massima che nella esecuzione delle sentenze straniere in genere debba ammettersi, oltre i limiti minimi richiesti dalla tutela del diritto pubblico e dell'ordine pubblico, la revisione materiale. Quali sono i limiti di tale revisione materiale, ed in quanto questa si distingue da un nuovo giudizio? Essa implica il ricorso ad ogni mezzo così di forma come di sostanza per dimostrare che il giudice straniero ha mal giudicato, e tutti questi mezzi devono essere presi in considerarazione dal giudice francese, sia che risultino da argomenti o da prove adotti davanti al tribunale straniero, sia che vengano presentati per la prima volta davanti a lui; e ciò tanto nel caso che davanti al giudice straniero non siano stati invocati per ne-

(1) V. anche Daguin, pag 94, 5.

(2) Trib. civ. della Senna, 18 Agosto 1883, National Bank c. Buxton, *Journal*, 1884, pag. 189, 90. Trib. civ. della Senna, 7 Luglio 1885, Polak Brook c. Gowerr, *Journal*, 1886, pag. 447, 8 e 12 Giuguo 1887, Beaulieu c. Roy. *Journal* 1887, pag. 332-4 e pag. 617, 8. Buxton c. Bryant, et Rolke, Trib. della Senna. In questo caso però la decis. del trib. della Senna appoggiavasi sull'inesistenza per i tribunali francesi dell'obbligo di statuire sulle contestazioni fra stranieri, ed ometteva perfino per tal motivo la revisione formale della sentenza.

(3) Trib. civ. della Senna, Howe c. Berheim, *Journal de Dr, Int. Privé* 1880, pag. 104 e 1885, pag. 539-541.

(4) C. d'app. di Parigi, 27 Luglio 1886, Peltier et Paillard c. Montagu-Hawkins, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 712.

gligenza della parte, quanto perchè la loro esistenza sia posteriore alla sentenza stessa. La revisione poi si distingue da un nuovo processo in quanto che, non ammettendo la presentazione di nuove conclusioni nè la pronunciazione di nuove condanne, conserva al procedimento il carattere di modo d'esecuzione d'una sentenza già esistente e non già di preparazione di elementi per una nuovo giudicato. (1) Le sentenze più recenti illustrano questo carattere nel senso stesso che taluna di esse mostra risentire gli effetti della tendenza prima accennata.

Vi prevale il principio che il diritto di rivedere la sostanza della sentenza straniera, esista in quanto non sia stato limitato da trattati internazionali. (2) A proposito della domanda d'esecutorietà d'una sentenza dell'alta corte inglese del 4 novembre 1886 che condannava il barone de Billing a pagare una somma a titolo d'onorarî a due avvocati inglesi, il tribunale della Senna e la corte d'appello di Parigi (3) respinsero l'eccezione della misura esagerata di quella somma, perchè, pur ammettendo come incontestabile il diritto di revisione, ritennero che si dovesse usarne con moderazione specialmente quando trattasi di una sentenza pronunciante condanna per spese a profitto degli avvocati della causa; ed in un caso analogo il tribunale della Senna (4) ritenne che la valutazione ammessa dal giudice straniero non potrebbe modificarsi se non in caso di «errore evidente di apprezzamento».

Ma se il tribunale francese può modificare, in quanto la sua legge lo consenta o lo esiga, la disposizione contenuta nella sentenza straniera, non può aggiungere condanne nuove o pronunciare nuovamente la condanna contenutavi. Il tribunale della Senna applicò tale principio essendogli presentata da una casa di commercio belga domanda o di dichiarazione d'esecutorietà d'una sentenza belga condannante un francese al pagamento di una somma di danaro, od «in quanto fosse necessario d'una nuova

(1) Moreau, l. c. pag. 118, 135.

(2) C. di Parigi, 7 Febbraio, 1880, Louis c. Wockes. C. di Bordeaux, 20 Agosto 1879, Bartosius c. Tamanti, e C. di Parigi, 23 Agosto 1880, Dupuy c. Bonacini Guastalla.

(3) Trib. civ. della Senna 4 Luglio 1883. 21 Gennaio 1885, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 182, 3.

(4) 16 Aprile 1885, Caister e Shermann c. Kuhliger, *Journal* 1885, pag. 295, 6.

condanna del convenuto a pagare quella somma »; la sentenza, corrispondendo alle condizioni imposte dal diritto francese, fu dichiarata esecutoria, ma venne respinta l'altra domanda eventuale della ditta belga, affermando che « le tribunal saisi d'une de« mande d'exequatur, n' a pas a prononcer à nouveau de con« damnation contre le defendeur ». (1)

Non manca però in via eccezionale anche qualche esempio contrario a quest'ultima sentenza nel senso di ritenere compreso nel diritto di revisione anche quello di pronunciare nuove condanne. Tale ammissione risulta da una sentenza della corte d'appello di Parigi: (2) essendosi rivolta una casa di commercio inglese al tribunale della Senna per far dichiarare esecutoria una sentenza condannante un certo Werner a pagarle 22,172 franchi, il convenuto affermò d'aver agito per conto di un certo Begold e chiamò questo in garanzìa; tale domanda, respinta dal tribunale, venne ammessa dalla corte d'appello, quantunque il Begold fosse citato per la prima volta nel corso d'un procedimento iniziato per concedere esecutorietà ad una sentenza straniera affermandosi così nel tribunale cui se ne richiede l'exequatur una competenza *generale* per rivedere quel giudicato. Ma tanta latitudine di revisione, mentre non corrisponde all' indirizzo prevalente della giurisprudenza francese, dev' essere condannata anche come propria a falsare il carattere della revisione stessa. Se, dice il Renault, (3) la domanda di garanzia non fu proposta davanti al tribunale straniero, come sarà possibile far comprendere l'ammissione di quella domanda nella revisione della sentenza da eseguirsi? Quell'ammissione non si spiegherebbe se non quando si considerasse la sentenza straniera come del tutto inesistente; ed in tal guisa si muterebbe il sistema francese, assimilandolo a quello del completo misconoscimento della sentenza straniera.

Ma, prescindendo da questo caso del tutto eccezionale il cui stesso carattere è disputabile, (4) da un esame della legge e della girisprudenza francese si può concludere, circa i limiti del controllo materiale della sentenza straniera, che si ammette la com-

(1) 16 Novembre 1883. Stein c. de Caix de Saint-Amour, 16 Novembre 1883. *Journal* 1883, pag. 621 e *Journal* 1884, pag. 291, 2, in quest' ultimo caso l'enunciazione del principio è più completa.

(2) 19 Agosto 1881, *Révue Critique* 1883, pag. 716-8.

(3) *Révue Crit.* 1883 pag. 716-8. — (4) Daguin, pag. 99.

petenza del magistrato francese, cui si chiede l'exequatur, a rivedere sostanzialmente la sentenza straniera, che tale revisione può riferirsi a tutte le ragioni di diritto e di fatto che l'hanno prodotta o possono invalidarla, che ne può risultare per motivi non formali o non sostanziali e relativi all'ordine pubblico, il rifiuto totale o parziale di esecuzione o la modificazione delle conseguenze della sentenza nella loro intensità, ma che, trattandosi, non di una nuova sentenza, ma di revisione d'una sentenza esistente, non possono proporsi nuove domande, nè pronunciarsi nuove condanne, nè agitarsi la contestazione se non fra le parti che sono intervenute nel procedimento straniero. L'esecuzione una volta autorizzata, avviene pertanto secondo la legge della sentenza, nelle forme riconosciute, (1) e nei limiti imposti dalla legge francese.

842. — L'articolo 2123 del codice civile francese, dopo avere disposto delle sentenze straniere in genere, riserva « le disposizioni contrarie che possono esistere nelle leggi politiche o nei trattati ». Disposizioni speciali della prima specie erano contenute nell'articolo 5 della legge del 21 aprile 1832 secondo la quale « le sen-
« tenze pronunciate dai giudici dei diritti della navigazione del
« Reno residenti in territorio straniero, saranno esecutorie nel
« territorio francese senza nuova istruzione, e a tale scopo sa-
« ranno resi esecutori dal tribunale civile di Strasburgo ». Dopo la cessione dell'Alsazia, la Francia non essendo più ripuaria del Reno, quella legge vi ha perduto ogni valore.

Della seconda specie di disposizioni speciali prevedute dal codice francese, si hanno esempî finora in alcuni pochi trattati il più antico dei quali è quello coll'Italia. (2) La giurisprudenza francese applicandone le clausole che abbiamo già riferite, ritiene che il giudizio di esecutorietà debba essere promosso mediante commissioni rogatorie da corte d'appello a corte d'appello, (3) e (quantunque tale conseguenza sia da molti combattuta), che queste siano indispensabili perchè la sentenza straniera possa fruire della condizione speciale garantitale dal trattato. (4) Quando poi si verifichino tali condizioni, risulta dal testo della convenzione com-

(1) Weiss, l. c. pag. 971, 2. — (2) V. pag. 872-5.

(3) *Révue Crit.* 1886, pag. 688, 9.

(4) Trib. civ. di Bordeaux, 16 Giugno 1881 e C. di Bordeaux, 19 Giugno 1882, *Journal de Dr. Int. Privé* 1883, pag. 165-8.

plementare, che il magistrato francese deve limitarsi a ricercare nel giudicato italiano l'esistenza delle tre condizioni formali e della compatibilità coll'ordine pubblico, non addentrandosi del resto nella revisione sostanziale, ed esaminando l'osservanza delle norme di procedura secondo la legge italiana. (1)

Analogo nello scopo, ma diverso in alcuni particolari, è il trattato franco-badese del 16 aprile 1846 esteso dal 1871 anche all'Alsazia-Lorena. (2) Quanto alle condizioni, questo trattato contiene disposizioni meno rigorose. Infatti, dopo aver ammesso in genere che le sentenze rispettive importano di per sè reciprocamente nei due territori la ipoteca giudiziale quando siano state rese esecutorie dall'autorità competente; venne stipulato che esse sono esecutorie quando siano passate in forza di cosa giudicata, (3) e la parte che vuol farla valere (4) ne presenti una spedizione legalizzata e la prova della notificazione all'altra parte, insieme con un certificato del cancelliere attestante che non esiste nè opposizione nè appello, alla corte d'appello od al tribunale di prima istanza, secondo che emana da una giurisdizione di primo o di secondo grado.

Perciò un'eccezione sollevata in Francia contro l'esecuzione di una sentenza badese od alsaziano-lorenese per motivo di irregolarità nella citazione, dovrebbe essere respinta non richiedendo quel trattato se non che l'autorità di cosa giudicata e la competenza del magistrato. (5) Quanto alla competenza del magistrato, dopo averla riconosciuta genericamente come un elemento necessario del riconoscimento della sentenza, il trattato franco-badese stabilisce anche, (6) a differenza di quello franco-italiano, alcune norme uniformi ritenendo competente il tribunale nel circondario del quale il convenuto ha il suo domicilio o la sua residenza ed in materia reale quello nel circondario del quale trovasi l'oggetto litigioso; in argomento di società quando si tratti di contestazione fra soci o di reclami di terzi contro la società, il tribunale nel cui

(1) C. d'app. di Lione. 25 Febbraio 1882, Pelusso c. Porte, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 65.

(2) Convenz. dell'11 Dicembre 1871 addiz. al trattato di pace del 10 Maggio 1871, art. 18 che rimette in vigore i trattati presistenti. Archives de dr. int. pag. 70. — (3) Art. 1. — (4) Art. 3.

(5) Trib. civ. della Senna, 4 febb. 1884, Heckelet, Griesbacher c. Comp. *la France, Journal de Dr. Int. Privé*, 1884, pag. 505-8. — (6) Art. 2.

circondario quella trovasi stabilita; e finalmente quello nel territorio del quale le parti hanno eletto domicilio per l'esecuzione dell'atto di cui si trattava. Per tal guisa non solo viene impedito che sussistano conflitti circa la determinazione della competenza normale secondo l'una o l'altra delle due leggi, ma la competenza eccezionale affermata dall'articolo 14 del codice civile francese che pur (1) lascia sussistere tante occasioni di conflitti nei rapporti fra l'Italia e la Francia, resta necessariamente esclusa.

Così la convenzione colla Svizzera del 15 Giugno 1869 stabilisce (2) norme sostanzialmente identiche a quelle del nostro codice di procedura, ma le fa precedere da minute disposizioni (3) circa la competenza.

Di molto minore importanza è la convenzione stipulata colla Russia il 1 Aprile 1874 circa il regolamento delle successioni (4) secondo la quale, (5) quanto agli immobili è mantenuta la competenza territoriale, quanto ai mobili è riconosciuta normalmente quella dei giudici nazionali del defunto. A questi pochi Stati le cui sentenze sono sottratte in Francia convenzionalmente al diritto comune della revisione pareva che nel 1870 dovesse aggiungersi anche la Spagna, ma la convenzione firmata il 14 Maggio di quell'anno dal ministro Ollivier e dall'ambasciatore spagnuolo a Parigi ed ispirata agli stessi principî delle altre che abbiamo citate, non ottenne i suffragi del Senato francese. (6)

843. — La legge belga del 25 Marzo 1876 contenente il titolo primo del libro preliminare del codice di procedura civile, sostituì le disposizioni del diritto francese con altre che però mantengono implicitamente la facoltà della revisione sostanziale dei giudicati stranieri, ammettendo che vi si deroghi solo allorquando ciò siasi stabilito espressamente mediante un trattato. (7) Anzi si attribuisce talora al giudizio di revisione un tale carattere da assimilarlo quasi ad un nuovo giudizio. Mentre infatti abbiamo ve-

(1) Vedi pag 872-5 e vol. II, pag. 235-8.

(2) Art. 15-19. — (3) Art. 1-11.

(4) Sostituendo una convenzione del 1787, che stabiliva in materia di successione l'applicazione della legge del paese dove il defunto trovavasi al momento della morte e la competenza dei magistrati dei luoghi dove si trovano i beni; ap. Daguin. pag. 255, 6.

(5) Vedi pag. 891 e segg. — (6) Bravo, l. c., vol. II, pag. 178-180.

(7) Laurent, vol. VI, pag. 155, 6.

duto (1) con quali argomenti in Francia si sostenga che quel giudizio non possa mai valutarsi in guisa da potersi talora sottrarre ai gradi normali di giurisdizione; vi hanno decisioni belghe (2) secondo le quali quelle domande « sont susceptibles d'évaluation d'après les principes qui régissent toutes les demandes formées devant les tribunaux belges et notamment d'après le montant de la demande sur laquelle le juge étranger a statué ».

Ma, pur senza darvi il carattere d'un nuovo giudizio, i magistrati belgi sono concordi nel ritenere come voluto dalla legge il sistema della revisione rispetto a tutti i paesi coi quali quello non sia stato abolito mediante un trattato. (3) Competenti per tale giudizio di revisione sono i tribunali di prima istanza, sia che la sentenza straniera provenga da altri tribunali civili di prima istanza sia da corti d'appello, o da tribunali di commercio, o da giudici di pace e da tribunali investiti di giurisdizione straordinaria. (4) La domanda di exequatur dev'essere presentata insieme colla sentenza in forma autentica ed esecutoria secondo la legge del luogo dove venne pronunciata; e per testificare che un documento emanato da un tribunale straniero è esecutorio, si richiede un certificato d'un agente del governo belga in quel territorio. (5) Anche nel Belgio poi si riconosce completa autorità, nei limiti consentiti dall'ordine pubblico e senza bisogno di dichiarazione d'esecutorietà, alle sentenze straniere che riguardano lo stato della persona in quanto servono a determinare tale stato, ma però, in quanto nelle loro conseguenze dirette od indirette richiedessero atti d'esecuzione, la misura ed i limiti di tale riconoscimento son forniti dalle sentenze della corte d'appello di Bruxelles nel caso di Bauffremont. (6)

(1) Vedi pag. 900-912. — (2) C. di cass. 25 Febbr. 1886, Johnson et C. c. Fevrier frères, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 217. V. anche estratto dal rapporto al Senato nel Daguin, l. c., pag. 270.

(3) Trib. di Bruxelles, 16 Marzo 1886, Kuffelet c. Edmond Julien. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 361, 2.

(4) Trib. di Anversa, 7 Aprile 1873, corte d'app. di Bruxelles, 22 Luglio 1875, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1875, pag. 218. Constant. l. c. pag. 19 e segg. Böhm, l. c., pag. 192-5.

(5) Trib. civ. d'Anversa, Greening c. Kalkoff et Schoeller, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 217, 8.

(6) V. pag. 315-320, v. anche altri esempî nel Laurent, vol. VI, pag. 180-5, e Van der Reste, l. c., pag. 138-146.

Quanto alle sentenze che richiedono atti di esecuzione, la condizione normale di esecutorietà è dunque la revisione sostanziale provocando la quale possono chiedere l'esecuzione di una sentenza straniera anche resa a profitto di straniero, tanto i belgi quanto gli stranieri. (1)

Perchè l'exequatur possa venir concesso è necessario che la sentenza sia passata in cosa giudicata; (2) com'è naturale, dopo riveduta e dichiarata esecutoria la sentenza straniera, questa viene eseguita secondo il diritto belga, essendo rigorosamente territoriali i modi di esecuzione coi quali la potestà pubblica interviene per assicurare il rispetto dei diritti individuali. (3) In quanto ai gradi di giurisdizione la giurisprudenza non è concorde; se il giudizio del magistrato belga si considera, come pur pare più ragionevole, come giudizio di revisione della sentenza straniera già esistente come tale, sarà sempre ammissibile il ricorso in appello; (4) se invece, come può apparire dal giudizio citato della corte di cassazione, si considera come principale il giudizio di revisione, allora si dovrà, per determinare i possibili gradi di giurisdizione, tener conto dell'ammontare della domanda originaria. (5)

Il diritto belga prevede poi esplicitamente un diverso trattamento convenzionale delle sentenze straniere; e sotto questo rispetto si distingue dal diritto francese provvedendo per tal guisa che, come esiste in Belgio un sistema uniforme rispetto a tutti gli Stati con cui non esistono trattati sull'argomento, un'altro sistema uniforme sia applicato agli Stati che ne hanno stipulati. A tal'uopo l'articolo 10 della legge del 1876 stabilisce che « se esiste, fra il Belgio ed il paese dove fu emanata la sentenza, un trattato concluso sulla base della reciprocità, l'esame di quella sentenza si limiterà a verificare che non contenga alcunchè di contrario all'ordine pubblico od ai principî di diritto pubblico belga, che sia passata in cosa giudicata, e sia presentata in forma autentica secondo le leggi del paese dove venne pronunciata; che siano stati rispettati i diritti della difesa, e che il tribunale straniero non fosse competente

(1) C. di Bruxelles, 3 Gennaio 1880, Pasicrisie 1880, II, pag. 138.

(2) Trib. di Liegi, 19 Gennaio 1881, Pasicrisie 1881, III, pag. 278.

(3) Corte d'appello di Bruxelles, 11 Marzo 1880, Pasicrisie, 1880, II pag. 262.

(4) Corte di Bruxelles, 21 Gennaio 1869, Pasicrisie 1869, 2, 118.

(5) Daguin, l. c., pag. 280, 1.

solo in ragione della nazionalità dell'attore »; (1) ma, quantunque tali convenzioni siano state previste non ne fù ancora conclusa alcuna; sicchè era giusto affermare che la legge del 1876 lasciava sussistere nella sua interezza il sistema della revisione sostanziale.

844. — Il medesimo sistema viene applicato in Grecia in un modo attenuato per più rispetti. Anzitutto l'esecutorietà vi viene accordata, dopo il semplice controllo formale, dal presidente del tribunale se le parti sono tutte straniere; (2) e viene accordata dal tribunale quando una delle parti sia un suddito ellenico. In quest'ultimo caso il tribunale procede alla revisione sostanziale, ma di questa la legge (3) determina i limiti disponendo che possa venir rifiutata l'esecuzione solo quando la sentenza sia trovata in contraddizione colle leggi proibitive dello Stato, o con fatti provati. (4)

845. — Nella Svizzera, come ho accennato, una norma generale in tale argomento non vige se non per le sentenze d'un cantone che si vogliano eseguire in un altro, (5) e per quegli altri Stati coi quali la confederazione (6) abbia stipulato un trattato. Quando questo non esista, i cantoni conservano in tale argomento la loro piena autonomia; perciò come si hanno cantoni che ammettono all'esecutorietà le sentenze straniere mediante il solo giudizio di delibazione, ed altri che misconoscono loro qualunque efficacia, altri sottopongono la concessione dell'esecutorietà alla condizione della revisione sostanziale; e mentre in alcuni la domanda deve provvenire dall'autorità straniera competente, (7) in altri il giudizio deve venir promosso per cura delle parti.

Nella maggioranza dei cantoni tanto di quelli che adottano il sistema della revisione, quanto di quelli che seguono gli altri sistemi, è competente a decidere dell'efficacia della sentenza straniera l'autorità giudiziaria: è competente il tribunale di prima istanza in Basilea città, Ginevra, Lucerna, San Gallo, Sciaffusa, Ticino e Zurigo, e quello superiore in Berna, Friburgo, Neuchatel e Turgovia. La competenza è divisa fra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria

(1) Art. 14, c. c. fr.

(2) Art. 858, 9, cod. di proc. civ. greco. — (3) Art. 860.

(4) Saripolos, De l'effet et de l'éxécut. des actes et jugements étrangers en Grèce, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1880, pag. 173-8.

(5) Art. 61 della costituzione. — (6) Art. 59.

(7) Grigioni, v. Reuling, l. c., pag. 138.

in Basilea campagna, dove per le sentenze che contengono obbligazioni di pagare una somma di danaro, viene attribuita all'autorità giudiziaria di prima istanza, e per quelle che implicano altri atti di esecuzione, si esige un'ordinanza emanata dal prefetto del distretto; in Argovia dove, se la sentenza fu pronunciata in contraddittorio, se ne domanda l'esecuzione al prefetto con ricorso alla direzione della giustizia, mentre se la sentenza venne pronunciata in contumacia, la domanda dev'essere rivolta al tribunale superiore; e nel Vaud dove l'esecutorietà viene pronunciata dal consiglio di Stato, riservandosi il diritto della parte condannata di fare opposizione. In modo esclusivo è poi competente l'autorità amministrativa nei Grigioni dove la decisione spetta al governo cantonale o piccolo consiglio; nei due mezzi cantoni d'Appenzell, nei due d'Unterwald, nel Glaris, nel Vallese e nel Zug dove pure decide la commissione di stato o governo; e nello Schwitz e nell'Uri dov'è competente il prefetto del distretto. (1)

L'autorità incaricata della revisione deve sempre ricercare se il magistrato straniero fosse competente; che poi la competenza debba controllarsi secondo la legge sotto l'impero della quale giudicò il magistrato straniero, o secondo la legge svizzera, non apparisce da ciascuna legislazione particolare; la seconda soluzione risulta chiaramente soltanto dalle leggi di San Gallo, (2) di Sciaffusa, (3) di Zurigo, (4) e dei Grigioni. (5) Ma v'è un altro argomento per sostenere in determinate circostanze e relativamente a tutto il territorio della confederazione, le norme di competenza cantonali come prevalenti a quelle straniere. L'articolo 59 della costituzione federale stabilisce infatti che « per reclami personali il debitore solvibile domiciliato in Svizzera deve essere citato davanti al giudice del suo domicilio; i suoi beni pertanto non possono essere colpiti o sequestrati, fuori del cantone dov'egli è domiciliato, in virtù di reclami personali; restano riservate, in quanto concerne gli stranieri, le disposizioni dei trattati internazionali ». Con tale disposizione viene creata in materia personale per il domiciliato in Svizzera una competenza che è obbligatoria in tutto il territorio della confederazione e che esclude, come tale, nono-

(1) Roguin, De l'éxécut. des jug. étrang. en Suisse, l. c., pag. 117-130.
(2) Cod. di proc. civ. art. 246.
(3) Articolo 345.
(4) Böhm, l. c., pag. 184. — (5) Art. 305, ².

stante qualunque legislazione cantonale contraria, il fòro del contratto, quello dell'esecuzione, quello dell'atto illecito, e a più forte ragione, ogni fòro speciale istituito in altri Stati per favorire i nazionali. (1)

Ciononostante in un caso di questa specie il tribunale federale si pronunciò in favore della esecuzione affermando che la legge non gli dava autorità di far cessare l'anomalìa risultante da legislazioni cantonali contrarie all'articolo 59 della costituzione, dal momento che la sovranità dei cantoni rimaneva intatta in materia di esecuzione delle sentenze straniere. Il Roguin però (2) dimostra come fosse insostenibile tale argomento che trascurava i limiti necessariamente posti all'autonomia legislativa dei cantoni dalla costituzione federale, e conclude ritenendo che nessuno possa eseguire in Svizzera contro uno svizzero o contro uno straniero domiciliatovi, una condanna personale pronunciata da un tribunale straniero.

Il sistema della revisione sostanziale è ammesso nel cantone di Friburgo dove non risulta dalla lettera della legge (3) ma è praticato dalla giurisprudenza; in quello di Ginevra, (4) di Vaud (5) e di Zurigo. (6)

846. — Le regole specialmente adottate dai varî cantoni circa l'esecuzione dei giudicati stranieri, cedono, rispetto alla Francia, alle norme adottate dai due paesi (7) nella convenzione del 15 Giugno 1869, applicabile alle sentenze definitive passate in cosa giudicata (8) rese, sia in materia civile che in materia commerciale, dai tribunali o da arbitri in uno dei due Stati contraenti. (9)

La parte che vuol far eseguire nel territorio di uno dei due paesi un giudicato pronunciato nell'altro, dovrà presentare all'autorità competente del luogo l'estratto della decisione legalizzato dagli inviati rispettivi o dalle autorità di ciascun paese, l'originale dell'atto di notificazione o d'ogni altro atto che nel territorio equi-

(1) Roguin, l. c., pag, 114. — (2) L. c., pag. 116.

(3) Art. 653, del cod. di proc. civ.

(4) Legge di proc. del 1819. art. 376.

(5) Cod. di proc. civ. art. 518, 9 e giurispr. ap. Roguin, pag. 128.

(6) Roguin, l. c., pag. 124, 5, e Böhm, pag. 184.

(7) Trib. di commercio di Ginevra, 8 Maggio 1884, Boyer c. de Fabry. *Iournal de Dr. Int. Privé*, 1886, pag. 243.

(8) Brocher, *Commentaire*, pag. 108. — (9) Articolo 15.

vale alla notificazione, ed un certificato rilasciato dal cancelliere del tribunale dove fu emanata la sentenza, constatante che non esiste nè opposizione, nè appello, nè qualsiasi altro atto di ricorso. (1) In base a tali documenti deciderà in Francia sulla domanda di esecuzione il tribunale riunito in camera di consiglio dopo rapporto di un giudice incaricato dal presidente e le conclusioni del pubblico ministero, ed in Svizzera quella autorità, (2) giudiziaria od amministrativa, che è competente secondo le leggi del cantone; tanto nell'uno quanto nell'altro caso il giudizio sarà preceduto da una notificazione indicante alla parte in confronto della quale viene domandata l'esecuzione il giorno e l'ora in cui sarà presa in esame la domanda. Il controllo dell'autorità territoriale implicherà l'esame della sentenza; ma la parte sostanziale di questo si limiterà alla tutela delle regole territoriali di diritto pubblico e degli interessi d'ordine pubblico, mentre la revisione formale rifletterà la competenza dell'autorità giudicante e la regolarità della citazione, della rappresentanza e della contumacia. Contro la decisione che ammette o rifiuta l'exequatur, la quale non dà luogo ad opposizione, sarà ammesso il ricorso all'autorità superiore competente, secondo le leggi cantonali, nei termini e nelle forme contemplate dalle stesse leggi; (3) e le eventuali difficoltà relative all'esecuzione delle sentenze devono essere sollevate davanti alla medesima autorità che avrà statuito sulla domanda di esecuzione. (4)

Lo stesso trattato ha seguito l'esempio di quello franco-badese facendo precedere le regole relative all'esecuzione da quelle relative alla competenza, rinunciando così la Francia, nei limiti della convenzione, anche riguardo alla Svizzera, alla competenza eccezionale risultante dall'articolo 14 del codice civile; e la Svizzera, nei riguardi della Francia, alla assoluta competenza stabilita nell'articolo 59 della costituzione. In materia reale e immobiliare è dichiarato competente il tribunale della situazione degli immobili; (5) in materia mobiliare e personale, civile o di commercio, è riconosciuto competente il giudice naturale del conve-

(1) Articolo 16.
(2) V. Protocollo esplicativo, ap. Brocher, *Comment.* pag. 101.
(3) Articolo 17.
(4) Articolo 19. — (5) Articolo 4.

nuto, (1) e se questo non ha domicilio o residenza noti in uno dei due paesi, il giudice del domicilio dell'attore; se trattasi dell'esecuzione di un contratto consentito dal convenuto in uno dei due paesi fuori della giurisdizione dei suoi giudici naturali, la causa potrà essere portata al fôro del contratto se le parti vi risiedono nel momento dell'azione. (2) Nelle contestazioni fra svizzeri tutti domiciliati o stabiliti in Francia o fra francesi tutti domiciliati o stabiliti in Svizzera o fra un francese in Svizzera od uno svizzero in Francia ed uno straniero domiciliatovi o residente, l'attore potrà rivolgersi al giudice dello stabilimento del convenuto, senza che il giudice possa invocare come motivo di incompetenza l'estraneità (3) delle parti; ed in caso d'elezione di domicilio in un luogo diverso da quello del domicilio del convenuto, i giudici del domicilio eletto saranno esclusivamente competenti per conoscere delle difficoltà cui potrà dar luogo l'esecuzione del contratto. (4) Il tribunale che, applicando le norme antecedenti, si riconoscesse incompetente a pronunciare d'una domanda presentatagli, dovrà d'ufficio ed anche nell'assenza del convenuto rinviare le parti davanti al giudice competente. (5) Nell'esaminare dunque se il magistrato giudicante fosse competente, quello cui si domanda l'esecuzione non è lasciato, come nel caso dell'Italia e della Francia, con una regola vaga, ma trova nel trattato stesso norme precise; in quanto poi la convenzione non disponesse, (6) il Brocher (7) crede che la competenza debba controllarsi secondo

(1) Cioè quello del suo domicilio. v. trib. civ. della Senna, 9 Agosto 1884, Kim c. Hertzog, *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1884. pag. 498, 9; e nel caso in cui la nazionalità svizzera di un francese o di uno svizzero citato da uno svizzero o da un francese fuori del suo domicilio fosse contestata dall'attore, la nazionalità invocata dal convenuto deve presumersi fino a prova contraria fatta dall'attore se quello risiede nel territorio del quale invoca la nazionalità: trib. civ. di Annecy, 25 Aprile 1884, Bouvard c. Gardy, *Journal de Dr. Int. Privé* 1885, pag. 430-2. — (2) Articolo 1.

(3) Art. 2; Corte di cass. civile di Neuchatel, 14 Luglio 1887, Tavernier, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 378. Ma potrà anche citarlo davanti un magistrato del paese d'origine, V. corte d'app. di Neuchatel, 11 Giugno 1880, Lefebvre c. Martin, *Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 682.

(4) Art. 3. V. per la successione, art. 5; per il fallimento art. 6-10; per le tutele art. 10, e pag. 418, 9, 700. — (5) Art. 11.

(6) Curti, Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, pag. 155-9. — (7) Brocher, *Comment.*, pag. 109.

le leggi del paese donde proviene il giudicato, sia perchè la determinazione delle attribuzioni giudiziarie è per sè stessa essenzialmente territoriale, sia perchè, il trattato essendo un atto di reciproca fiducia, a questa deve ispirarsi anche la giurisprudenza nell'integrarlo.

I commentatori del trattato franco-svizzero si preoccupano di proposte addizionali atte ad impedire che esso venga applicato diversamente nei due paesi, sia quanto all'interpretazione di diritto, sia quanto agli apprezzamenti di fatto, specialmente in ciò che si riferisce alle regole relative all'applicazione della legge; ma, quanto all'esecuzione delle sentenze, quantunque esso non sia del tutto perfetto, è pur ciononostante tale da poter ancora servir di modello a qualunque accordo fra le nazioni civili.

847. — All'ultima categoria abbiamo ascritto gli Stati che subordinano l'esecuzione delle sentenze straniere alla condizione della reciprocità legislativa o consuetudinaria, sia controllando e dichiarando esecutorie quelle provenienti da ciascuno Stato nello stesso modo e nella stessa misura in cui vengono in quella ammesse all'esecuzione le proprie, sia determinando alcune regole di revisione precipuamente formale da applicarsi a quei paesi dei quali sia dimostrata la piena reciprocità, e rifiutando l'esecuzione non solo delle sentenze provenienti da paesi dove non si eseguiscano i giudicati stranieri, ma anche di quelle provenienti da paesi dove i giudicati stranieri vengono ammessi all'esecuzione a condizioni più gravose di quelle risultanti dalle regole proprie.

A quest'ultima specie appartiene il diritto vigente nella Rumania. La sentenza straniera, anche indipendente dall'exequatur, non vi è considerata come del tutto destituita d'autorità; essa vien considerata come un titolo privato che autorizza un sequestro conservativo per ordinanza del presidente del tribunale e mediante cauzione; (1) vi si riconosce l'autorità della cosa giudicata; e non ha bisogno di verun *exequatur* quando riflette lo stato e la capacità delle persone. (2) La dichiarazione di esecutorietà concessa da un tribunale rumeno è necessaria in quanto la sentenza debba dar luogo in Rumania ad atti di esecuzione; e la legge,

(1) Art. 610, c. di pr. civ.

(2) Petroni, De l'exécut. des jugem. étr. en Roum. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1879 pag. 531 e segg.

senza definire i limiti del giudizio da cui quella dichiarazione dev'essere preceduta, ne sottopone l'esistenza stessa alla condizione della reciprocità disponendo: (1) « Le decisioni giudiziarie rese in paesi stranieri non possono venir eseguite in Rumania se non nel modo nel quale le sentenze rumene vengono eseguite nel paese in questione e purchè siano dichiarate esecutorie dai giudici rumeni competenti ». Questi saranno i giudici del domicilio del convenuto e, se l'esecuzione dovesse effettuarsi su immobili, i giudici della situazione di questi ultimi.

Data l'esistenza della reciprocità imposta dalla legge come una condizione al riconoscimento della sentenza straniera, e constatatane l'esistenza dal giudice rumeno, il controllo di quest'ultimo, i cui limiti non sono determinati dalla legge, in quali confini dovrà contenersi? La parte che domanda l'esecuzione deve costituire presso il tribunale un mandatario in mancanza del quale essa corre il rischio, sia d'essere condannata in seguito a domanda del proprio avversario e di dover pagare le spese, sia di vedere la decisione sulla propria istanza indefinitamente prorogata (2) La competenza del magistrato straniero deve giudicarsi secondo le leggi rumene, (3) e queste, giova notare, contengono all'articolo 13 del codice civile una disposizione che corrisponde a quella dell'articolo 14 del codice civile francese.

I limiti della revisione del tribunale rumeno risultano da alcuni giudicati della corte di cassazione. Il Petroni (4) ne cita una del 3 novembre 1867 secondo la quale il tribunale deve, oltre a verificare la reciprocità « senza rivedere la sostanza della sentenza, esaminare se questa contenga i requisiti estrinseci di un giudicato definitivo e se non violi alcuna disposizione di ordine pubblico ». Il Suliotis ne riferisce una del 4 novembre 1875 secondo la quale il tribunale rumeno deve esaminare se le parti furono regolarmente citate e se la sentenza fu comunicata regolarmente per mezzo di usciere; ed un'altra del 17 giugno 1879 secondo la quale il tribunale rumeno commette eccesso di potere quando non si limita alla constatazione della reciprocità, del carattere definitivo della

(1) Art. 374 cod. di proc. civ.

(2) Beauchet, Èxecut. des jugem. autrichiens en Roumanie; *Journal de Dr. Int. Privé*, 1885, pag. 538.

(3) Sentenza del 2 Ottobre 1880, ap. Suliotis l. c., pag. 569.

(4) Petroni, l. c., pag. 356.

sentenza e della sua compatibilità coi principî del diritto pubblico rumeno. (1) Ma poichè la legge stabilisce la condizione di reciprocità senza determinare certe norme soggette a quella condizione e relative al giudizio di revisione, s'intenderà che in Rumania si debba seguire per le sentenze di ciascun paese un sistema identico al sistema seguito in quello per le sentenze straniere, come apparirebbe a dir vero dalla lettera della legge, (2) oppure dovrà ritenersi che l'esame indicato dalle sentenze della corte di cassazione costituisca unicamente un giudizio di delibazione degno di questo nome, e che un esame più esteso della sentenza equivalga ad un misconoscimento di questa, così da non dar luogo in Rumania, rispetto alle sentenze provenienti da un paese dove si pratichi un tale sistema, a veruna forma di esecuzione?

Sembra risultare che venga adottata quest'ultima soluzione, da una sentenza del 5 maggio 1886 del tribunale di Ilfov. (3) Trattavasi di un testamento ricevuto dal cancelliere del consolato di Francia a Bucarest nel 1869 conformemente all'ordinanza della marina del 1681, il quale era impugnato da una figlia naturale del testatore e dal marito di lei. Le loro domande furono respinte dal tribunale di Grasse e dalla corte di Aix; quest'ultima sentenza venne cassata, ed il ricorso venne ammesso dalla corte d'appello di Nimes. Siccome il legatario convenuto risiedeva in Rumania, le parti che volevano farvi eseguire quella sentenza, dovettero ricorrere nuovamente al tribunale di Ilfov che pronunciò un giudizio conforme agli ultimi giudicati francesi. Da ciò apparirebbe che la giurisprudenza rumena non intendesse come garantita la reciprocità voluta dalla sua lègge, da parte dei paesi che sottopongono le sentenze straniere a revisione sostanziale, e ritenesse assimilabile questa ad un nuovo giudizio.

La Rumania non ha stipulato speciali trattati internazionali su tale argomento; ma istituì coll'Italia un regime convenzionale mediante la convenzione consolare del 1880, (4) e constatò coll'Austria l'esistenza della reciprocità mediante uno scambio di dichiarazioni ministeriali mediante le quali i due governi, dopo aver riconosciuto che le leggi rispettive trovansi in rapporto di completa

(1) Suliotis, l. c. pag. 569. — (2) Art. 374 c. di proc. civ.

(3) Causa Vidal c. Mars, *Rèvue générale de droit et sciences politiques*, par Nicolas Basilesco. Bucarest I Ann. 1 Luglio 1886.

(4) Art. 11, v. pag. 877.

reciprocità, stabilirono che chi ha ottenuto in Austria una sentenza la quale debba eseguirsi in Rumania, debba rivolgersi al ministero austriaco degli affari esteri che trasmette la decisione, accompagnata da una traduzione in rumeno, al tribunale rumeno competente perchè questo ne autorizzi la esecuzione.

848. — « Questa materia » dice il Bravo; (1) « è così nuova nella legislazione, che invano se ne cercherebbe traccia nei nostri codici antichi, nè nei nostri scrittori e pratici più dotti e sperimentati; il che prova non solo che non se ne ammetteva la teoria, ma anche che un tal caso non era presunto possibile ». Il codice di procedura civile del 1855 accolse per la prima volta nella Spagna norme circa l'esecuzione dei giudicati stranieri, l'applicazione delle quali, se trattati internazionali non dispongono diversamente, è affidata al tribunale supremo. (2)

Le sentenze straniere possono ricevere in Spagna tre diversi modi di trattamento; se provengono da uno Stato la giurisprudenza del quale non conceda esecuzione alle sentenze degli altri paesi, saranno in Spagna destituite d'ogni valore; (3) se nel paese da cui proviene la sentenza si riconosce una certa misura di autorità alle sentenze spagnuole, l'identica autorità sarà riconosciuta a quella dai giudici spagnuoli; (4) se quei giudicati non si trovano in nessuno dei casi antecedenti (cioè se è certo che nel paese da cui provengono, un certo valore è riconosciuto ai giudicati spagnuoli ma sono ignote al giudice l'indole e la misura di tale valore) allora avranno efficacia in Ispagna se furono pronunciati in seguito ad un'azione personale, se non furono pronunciate in contumacia, se l'obbligazione cui riferiscono è lecita in Ispagna, se il documento esecutivo riunisce i requisiti necessari nel paese da cui proviene per essere considerato come autentico, e nel tempo stesso quelli richiesti dalla legge spagnuola perchè faccia fede in Spagna. (5) Tale documento dev'essere presentato nella forma diplomatica e direttamente dalla parte al tribunale supremo con una traduzione in lingua spagnuola fatta secondo la legge (6) (con arreglo à derecho), e conforme al diritto s'intende soltanto una traduzione ufficiale. (7) Dalla giurispru-

(1) Bravo, l. c., pag. 172. — (2) Art. 954. — (3) Art. 952.
(4) Art. 951. — (5) Art. 953. — (6) Art. 955.
(7) Francisco Silvela, Exécut. des jugem. étr. en Esp. *Journal de Dr. Int. Privé*, 1881, pag. 20-6.

denza del tribunale supremo apparisce poi che non viene considerata come ufficiale se non una traduzione fatta « dall' ufficio delle traduzioni ufficiali » o « servizio dell' interpretazione delle lingue » (1) che dipende dal ministero degli esteri. Alla traduzione deve aggiungersi un' esposizione succinta del caso firmata da un avvocato e da un procuratore. Al convenuto sarà consentito per comparire un termine di trenta giorni trascorsi i quali il tribunale supremo deciderà malgrado la sua assenza, udite in ogni caso le conclusioni del pubblico ministero. (2) Se l'esecuzione viene concessa, l'atto sarà comunicato alla corte d'appello perchè questa impartisca l' ordine corrispondente al giudice di prima istanza del domicilio del condannato o del luogo dove la sentenza deve eseguirsi secondo i modi d'esecuzione stabiliti dal diritto spagnuolo.

Le disposizioni della legge spagnuola, nel mentre impongono la condizione della reciprocità di fatto, sembrano sottratte anche a quei dubbî che accennammo nella giurisprudenza rumena; infatti agli Stati le cui leggi, ammettenti l'esecuzione delle sentenze spagnuole, sono perfettamente note, si applicano i principî della completa reciprocità; a quelli che eseguiscono le sentenze spagnuole a condizioni che non sono perfettamente note, si applicano le disposizioni dell'articolo 955; e sono esclusi da ogni esecuzione soltanto i giudicati dei paesi dove « no se da cumplimiento » alle sentenze spagnuole. Pare dunque debba risultare chiaramente da tali disposizioni che le sentenze dei tribunali francesi non possano essere escluse da qualunque esecuzione in Ispagna, ma debbano bensì venir sottoposte soltanto alla revisione sostanziale, per quella stessa ragione per cui le sentenze nostre, anche senza il trattato del 1851, dovrebbero essere sottoposte al solo giudizio di delibazione. Pure fu ripetutamente rifiutata in Ispagna per ragione di reciprocità l'esecutorietà a sentenze francesi, ritenendo assimilabile ad un nuovo procedimento la revisione sostanziale praticata in Francia. (3) Ma tale giurisprudenza smentisce il principio della reciprocità coll'atto stesso mediante il quale pretenderebbe di garan-

(1) Trib. supr. di Madrid, 3 Giugno 1885, *Journal*, 1887, pag. 366-8.

(2) Art. 955, 6, 7, 8.

(3) 5 Marzo 1870 e 22 Dicembre 1880, ap. Bravo, l. c., pag. 184: « que tanto el codigo civil frances, como el de procedimientos, disponen que toda sentencia extranjera debe someterse á exámen y ser objeto de nuevo juicio ».

tirlo: il Bravo (1) cita una decisione del 1867 colla quale fu dichiarata esecutoria una sentenza francese dopo esame sostanziale; ed a tale concetto del tutto corrispondente alla lettera ed allo spirito della legge spagnuola par tornato ormai il tribunale supremo di Madrid. Infatti, decidendo esso il 3 Giugno 1885 (2) di rifiutare l'esecuzione d'una sentenza francese, fondò le proprie deliberazioni sulle circostanze che non trattavasi d'un giudicato definitivo e che mancava una traduzione ufficiale, senza punto accennare all'insuscettibilità delle sentenze francesi d'una dichiarazione d'*exequatur* per motivi di reciprocità; sicchè il Despagnet, annotando quella sentenza, crede di poter ritenere (3) che se non si fossero presentati quei due vizi essa sarebbe stata dichiarata esecutoria subordinatamente alla revisione sostanziale.

Le disposizioni (4) del codice di procedura civile non debbono interpretarsi poi nel senso che si escludano dall'esecuzione soltanto le sentenze dei paesi dei quali *è noto* che non eseguiscono le decisioni spagnuole, e che si ammettano alle quattro condizioni suesposte, (5) quelle provenienti da un paese il cui diritto sia incerto. Perchè le sentenze provenienti da un altro Stato possano fruire delle disposizioni sussidiarie del diritto spagnuolo è invece necessario che sia *certa* in quel paese l'ammissione dei giudicati spagnuoli, e di questa siano *incerte* soltanto le *modalità*; quando invece non consti, nemmeno genericamente, della prima, anche se non sia certo che il diritto d'un dato paese misconosca del tutto le sentenze straniere, quelle che ne provengono saranno considerate in Ispagna come destituite d'ogni valore. (6)

A modificare tale sistema il deputato Maspons y Labros, aveva presentato nel 1878 alle Cortes un progetto di legge; sarebbe stata secondo questo tolta la condizione di reciprocità e si sarebbero riprodotte le altre condizioni richieste nella legge italiana; ma quel progetto, che del resto era suscettibile nelle sue parti della critica d'esser troppo indeterminato, (7) non ottenne la sanzione legislativa.

(1) Pag. 185-8. — (2) Journal, 1887, pag. 366, 7.

(3) Despagnet, *Bulletin de la Jurispr. Esp., Journal de Dr. Int. Privé*, 1887, pag. 368. — (4) Art. 952 e 953. — (5) Art. 953.

(6) Sentenza, 24 Nov. 1882, rifiutante l'esecuzione d'una sentenza uruguayana, ap. Bravo, l. c., pag. 191.

(7) De Rossi, nell'Archivio Giuridico, vol. 21, pag. 470-9.

849. — Per la stessa ragione che in Ispagna, le sentenze straniere non avevano fino agli ultimi tempi veruna efficacia nella Repubblica Argentina, che aveva conservate dopo la dichiarazione d' indipendenza le leggi anteriori. Quantunque nei litigi fra stranieri si riconoscesse una certa autorità, dal punto di vista della prova, alla legge del paese dove il contratto era stato formato, si sosteneva che l'esecuzione delle sentenze straniere fosse formalmente esclusa dalla legge del *Fuero Viego* di Castiglia e da un'altra legge *de Foro* riprodotta nella Recopilacion Castillana. (1) Pure prima ancora che in veruna parte della Federazione si venisse modificando la legge, mutò l'indirizzo della giurisprudenza.

Nel 1862 si presentò per la prima volta un caso di tal genere quando il tribunale di commercio della provincia di Buenos Ayres ordinò, in seguito a commissione rogatoria della corte francese di Aix, l'esecuzione di una sentenza resa da quest'ultima fra francesi. La questione era nuova allora per i magistrati argentini, e diede perciò occasione a varie controversie e soluzioni diverse così nella magistratura come fra gli studiosi. La dichiarazione di *exequatur* venne riformata dalla corte superiore perchè non era stato citato il convenuto e perchè non era constatata l' esistenza della reciprocità da parte dell' altro Stato; in mancanza della quale la nuova camera investita del giudizio riteneva che l'*exequatur* non si potesse concedere se non in virtù di una espressa disposizione di legge. Nel 1865, essendo chiesta nel territorio della repubblica l'esecuzione di un giudicato brasiliano emanato in argomento di avarie, i magistrati argentini la concessero facendo precedere la decisione dalla citazione del convenuto e fondandola sull'argomento che « i tribunali di un paese non possono riveder gli atti dei tribunali di un altro, tanto più nel caso presente in cui sulla questione in discorso c'è identità di leggi fra la Repubblica ed il Brasile ».

Nel 1869 i tribunali argentini dovettero occuparsi della domanda di esecuzione di una sentenza uruguayana; ed in tale occasione, pur affermando il principio « che le sentenze rese in uno Stato indipendente non hanno, in diritto stretto, forza obbligatoria

(1) M. Quintana, nella Rivista di legislazione e di giurisprudenza della repubblica argentina, ap. Palomeque, l. c., pag. 539, 540.

in un altro Stato del pari indipendente e sovrano se non la assicuri un trattato internazionale », ritennero che « per motivi fondati sulle buone relazioni fra gli Stati, sul loro vantaggio e sulle loro convenienze reciproche » quando non esista una legge che lo proibisca, « basti esigere la reciprocità da parte dell' altro Stato ed inoltre che la sentenza non contenga una ingiustizia evidente, e non sia nulla in ragione dell' incompetenza del tribunale da cui emana ». Tale sentenza fu confermata dalla corte suprema nazionale di giustizia.

Così la giurisprudenza argentina abbandonò il misconoscimento delle sentenze straniere, subordinandone l'esecuzione alle condizioni della reciprocità legislativa e alla revisione formale e sostanziale contenuta in limiti poco superiori ai minimi necessarî. Così nella revisione dal primo punto di vista deve provarsi la competenza del magistrato giudicante ed il carattere definitivo della sentenza; (1) dal secondo, la sentenza deve non solo non essere contraria all'ordine pubblico, ma anche non contenere una manifesta ingiustizia. A pronunciare tale giudizio è competente il giudice di prima istanza in contraddittorio ed in seguito alle conclusioni del Pubblico Ministero.

Tale sistema, che combina i caratteri della reciprocità che è condizione indispensabile dell'esecuzione in genere, con quelli della territorialità sostanziale contenuta in limiti un po' superiori al minimo segnato dalla tutela dell'ordine pubblico, tende, come accennai, a cedere il posto a quello della prima categoria già adottato dalla legislazione della provincia di Buenos-Ayres. (2) Anzi a tale legislazione essendo ora sottoposta la provincia di questo nome e la capitale della federazione, il sistema preferibile è ormai in vigore nella parte della Repubblica, più popolosa, più florida e maggiormente in rapporto cogli stranieri, e viene applicato, oltrechè dai giudici provinciali di Buenos-Ayres, dalla corte suprema nazionale e dai giudici di sezione nazionale sedenti in ogni provincia. Ma le altre provincie, autonome in quanto si riferisce a questa parte della legislazione, non hanno finora se non che sostituito il sistema negativo spagnuolo con quello della reciprocità,

(1) Sentenza della camera civile del trib. supremo di giustizia ap. Palomeque, l. c., pag. 551.

(2) Vedi pag. 880.

mentre il diritto di Buenos-Ayres ha espressamente adottato il miglior sistema. (1)

Il codice di procedura civile del Messico del 15 Maggio 1884 contiene disposizioni analoghe a quelle del codice spagnuolo del 1885. (2)

850. — Nel Brasile prevaleva ancora recentemente fra gli autori il principio che non si potessero mettere ad esecuzione le sentenze straniere, ammettendovisi qualche eccezione soltanto per i giudizî resi all'estero da giudici competenti fra stranieri; ma il governo osservava così completamente la regola dell' assoluto rifiuto di esecuzione, che nel progetto di convenzione col Portogallo del 1841 e nel decreto del 1 ottobre 1847 sull'esecuzione delle commissioni rogatorie vennero escluse formalmente quelle *(cartas executorias)* che si riferissero a sentenze. Dopo la metà del secolo tale sistema accennò a modificarsi. Già nel 1846 in seguito alle istanze della legazione francese e mediante promessa di reciprocità, il governo brasiliano aveva ordinato in via d'eccezione l'esecuzione di una sentenza arbitrale in materia di società. Ma avendo voluto il governo francese limitare l'obbligo della reciproca esecuzione alle decisioni pronunciate in seguito ad arbitrato volontario ed avendo esso continuato ad esigere la revisione per quelle seguite ad arbitrato forzoso, l'accordo svanì sul suo nascere e la giurisprudenza continuò senza eccezione a rifiutare l' esecuzione ai giudicati stranieri.

Nel 1848 le camere avevano incominciato a discutere un progetto su tale argomento, ma il tentativo non approdò a verun risultato; nel 1854, discutendosi un progetto relativo ai crimini commessi in paese straniero, che stava davanti alla camera fino dal 1850, alcuni deputati vi proposero un'aggiunta relativa all' esecuzione delle sentenze; tale modificazione venne accolta dalla commissione di legislazione del Senato il 16 giugno 1855, subordinandola alla clausola di reciprocità; ed in quest'ultima forma, venti anni più tardi la proposta si trasformò in una legge, secondo la quale (3) il governo è autorizzato a determinare mediante regolamento la competenza dei tribunali e le forme della procedura

(1) Palomeque, l. c., pag. 555-8. Moreau, pag. 219, 220, Daireaux l.c. Böhm, pag. 200.

(2) Cfr. art. 780-5, C. Messic. e art. 951-5, C. Sp. — (3) Art. 6.

quanto all'esecuzione delle sentenze civili rese da tribunali stranieri. Il regolamento del 27 luglio 1878, prescindendo dalla considerazione della nazionalità delle parti, e della qualità dei beni, sui quali dovrebbe verificarsi l'esecuzione, concede quest'ultima senza revisione o discussione sostanziale sotto condizione di reciprocità. (1)

Ora la sentenza straniera ha in Brasile, anche senza *exequatur*, forza di cosa giudicata; (2) e per l'esecuzione, oltre alla reciprocità, vi si richiede in via assoluta che essa non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico, alle leggi che governano la proprietà territoriale, ed a quelle della morale; che sia passata in cosa giudicata, e sia rivestita delle formalità estrinseche necessarie a renderla esecutoria secondo la legislazione dello Stato da cui emana. La sentenza dovrà presentarsi legalizzata dal console brasiliano, ed accompagnata dalla traduzione fatta da un interprete giurato. Finalmente un decreto del 27 luglio 1880 riservò al governo la facoltà di permettere che siano rese esecutorie le sentenze straniere anche se non corrispondano alle condizioni richieste dal regolamento del 1878. Così resta esclusa la soluzione che abbiamo notata come ammessa in diverso grado nella giurisprudenza rumana (3) e in quella spagnuola: l'esclusione cioè dell'esecutorietà delle sentenze provenienti da paesi che procedono rispetto alle sentenze straniere alla revisione sostanziale. La soluzione rumàna deriva dall'assimilazione che si fa fra quella revisione ed un nuovo giudizio, non ravvisandovi più la garanzia di reciprocità; ma nel Brasile dal 1880 il governo può ammettere all'esecuzione, nelle forme previste dal regolamento del 1878, anche le sentenze di paesi che seguano rispetto alle sentenze brasiliane un sistema diverso e più gravoso, quando in tale sistema pur ravvisi una sufficiente garanzia di fatto di esecutorietà dei giudicati della magistratura brasiliana. (4)

851. — La Svizzera, nella multiforme varietà legislativa dei suoi Cantoni, è rappresentata, anche in questo sistema della reciprocità, dai cantoni di Lucerna, (5) Grigioni, (6) Sciaffusa, (7)

(1) Annuaire de leg. étr. 1869, pag. 733 e segg.
(2) Art. 1, 2, 12. — (3) V. n.° 847.
(4) Pag. 936. — (5) C. di proc. civ. art. 315, b. — (6) Art. 306.
(7) Decreto del Gran Consiglio del 19 febbraio 1862, Roguin l. c. pag. 123.

Vallese (1), San Gallo, (2) Argovia, (3) ed Unterwalden; (4) fra questi suole ascriversi anche Neuchatel, ma la legge di questo cantone (5) subordina ogni esecutorietà di sentenza straniera all'esistenza di un trattato (6) fra la confederazione e lo Stato dove venne pronunciata la sentenza.

852. — Uno dei paesi dove tale argomento venne regolato da più lungo tempo è l'impero austriaco, il sistema del quale risulta da due decreti del 18 Maggio 1792 e del 18 Gennaio 1799, uno dei quali stabilisce le condizioni nelle quali può e l'altro il modo secondo il quale deve esser domandata l'esecuzione. Il primo di quei decreti non contempla se non le sentenze rese all'estero contro un austriaco, ma successivamente le medesime norme vennero applicate a tutte le sentenze straniere. La domanda di *exequatur* può essere rivolta al magistrato austriaco sia dal magistrato straniero che ha giudicato, sia dalla parte interessata, (7) la quale (8) può iniziare il procedimento sia direttamente, sia per mezzo di un mandatario secondo le forme prescritte nel codice di procedura civile; nel caso di domanda fatta mediante lettera rogatoria, senza designare nominativamente un rappresentante di chi domanda l'esecuzione, il tribunale cui questa viene richiesta gliene designa uno a suo rischio. (9)

La domanda dev'essere rivolta al giudice austriaco di prima istanza nel cui distretto deve avvenire l'esecuzione; (10) e può venir presa da lui in consideraziane se il magistrato straniero era competente (11) secondo le proprie leggi e secondo quelle austriache. Si afferma altresì come ammessa in Austria l'autorità dei giudizi stranieri anche prima che a questi siasi concessa l'esecutorietà, e accolta l'eccezione di litispendenza fondata su azione pendente all'estero: ma la sentenza della corte suprema (12) sulla quale si appoggia

(1) L. c., pag. 125, 7. — (2) Legge della proc. civ., art. 246, c.
(3) Art. 421, 2, Legge della proc. civ.
(4) Roguin l. c. pag. 126. Böhm, pag. 185.
(5) Cod. di proc. civ. neuch. art. 867. — (6) Vedi pag. 891 e segg.
(7) Decreto del 1792. — (8) Decreto del 1799.
(9) Reuling, l. c. pag. 69.
(10) Legge d'Organizz. giudiz. del 20 Nov. 1852 e l. c., pag. 69.
(11) Decreto del 1792, a, 1, c. supr. 17 Luglio 1875 e 30 Luglio 1878. *Journal* 1883, pag. 70, 1.
(12) 28 Marzo 1882, ap. Lyon Caen, *Bullettin de la jurisp. austr. Journal* 1886, pag. 461, 2.

tale affermazione, si riferiva a materia di statuto personale rispetto alla quale è frequente l'ammissione delle sentenze pronunciate da autorità competenti straniere senza bisogno di esecutorietà, e l'attribuzione di una competenza esclusiva ai magistrati del paese della persona. (1) Oltre alla competenza del magistrato giudicante, si richiede, come minimo di garanzìe formali, che la sentenza sia regolare nella forma e che sia passata in forza di cosa giudicata; (2) e, come garanzìe sostanziali, che non contenga disposizioni contrarie alle leggi austriache (3) e che non sia evidentemente iniqua. (4)

L'applicazione di tali norme è però subordinata nella sua totalità e nelle singole parti alla condizione della reciprocità: ciò era stabilito dal decreto del 1792; (5) e risulta in modo più generale dall'articolo 33 del codice civile che, pareggiando gli stranieri ai cittadini, soggiunge « incombe inoltre agli stranieri, acciocchè godano eguali diritti coi nazionali, di provare nei casi dubbî che lo Stato a cui appartengono tratti i cittadini austriaci, riguardo al diritto in questione, come i propri ». Da ciò deriva che, combinando quest'ultima disposizione con quella antecedente, i magistrati austriaci possono esigere che la reciprocità, se pur non deriva da un trattato, o risulti da uno scambio di dichiarazioni fra i due governi, o sia stata constatata dalla corte suprema straniera. (6) Siccome poi le altre condizioni stabilite nel sistema austriaco sono sussidiarie a quella della reciprocità, così vengono di tanto modificate nella pratica dei rapporti con un determinato paese, di quanto le regole adottate nel territorio di questo si allontanano da quelle austriache. (7) L'esecuzione, una volta concessa, deve seguire nei modi e nelle forme prescritti dal diritto austriaco. (8)

(1) L. c., pag. 475, 6. C. suprema, 18 Novembre 1880: Affermata tale competenza esclusiva personale a proposito di due coniugi austriaci residenti a Parigi fra i quali pendeva una causa di separazione; disputandosi perfino se in tale materia i tre tentativi di conciliazione potessero delegarsi mediante commiss. rogatoria ai trib. francesi.

(2) Reuling, l. c., pag. 69.

(3) Corte suprema di Vienna, 3 Ottobre 1887, *Journal de Dr. Int. Privé*, l. c.

(4) C. supr. 6 Nov. 1878, *Journal*, l. c. — (5) L. c. a, 2.

(6) Moreau, l. c., pag. 192.

(7) Reuling, l. c., pag. 69.

(8) Decreto del 1799 e Moreau, pag. 193.

La combinazione delle regole stabilite dai due decreti imperiali colla norma della reciprocità, produce in Austria, nei rapporti cogli altri paesi, quattro sistemi distinti. Sotto la sola salvaguardia dell'ordine pubblico e nei limiti del nostro giudizio di delibazione, vengono dichiarate immediatamente e senza esame esecutorie le sentenze pronunciate nell'altra parte della monarchia, nella Bosnia ed Erzegovina e, per effetto di accordi convenzionali, in Rumania; e, per causa di reciprocità di fatto dovrebbero venir eseguite alle stesse condizioni anche quelle italiane. (1) Vengono sottoposti a giudizio di delibazione nei limiti prima accennati (2) i giudicati tedeschi (3) e quelli serbi nei limiti della convenzione austro-serba del 6 Maggio 1881 stipulata per regolare il soccorso giudiziario. (4) Per le sentenze provenienti dalla Francia e dai paesi di diritto analogo si procede ad un giudizio di revisione secondo il principio della stretta reciprocità: così risulta da un decreto del 1 Marzo 1809, nel quale, dopo aver constatate le norme del sistema francese, si disponeva « per l'avvenire si procederà nello stesso modo nei riguardi delle sentenze francesi ». Non è esatto dunque il Moreau quando dice che la condizione della reciprocità « a pour conséquence d'exclure les jugements français » ; quella condizione non produce se non che l'effetto di far applicare in Austria alle sentenze francesi il sistema francese. (5) Finalmente le sentenze dei paesi che come la Scandinavia, la Russia e l'Olanda, non riconoscono, in mancanza di convenzioni, veruna efficacia alle sentenze

(1) Però il Reuling, pag. 70, le indica come sottoposte alle regole comuni.

(2) C. suprema di Vienna, 18 Aprile 1884, *Journal* 1888, pag. 127, 8. riforma di una sentenza di appello che aveva negato l'exequatur ad una sentenza prussiana allegando la mancanza di reciprocità.

(3) La giurisprudenza è esitante se collocarli nella prima categoria.

(4) Dibattimento sommario per constatare che la parte soccombente sia stata regolarmente e personalmente citata e non privata in seguito della salvaguardia dei proprî diritti durante il processo, che il tribunale giudicante fosse competente secondo le regole in vigore presso il tribunale richiesto, che trattisi di sentenza passata in cosa giudicata, e che trattisi di un atto ammissibile secondo la legge in vigore nel territorio dove si vuol eseguirlo. Paulovitsch, l. c., pag. 154, 5.

(5) Così il trib. d'app. di Brünn e la corte supr. 30 Gennaio 1884, giudicando sull'esecuzione di una sentenza del trib. di commercio di Reims, Lyon Caen, *Bulletin de la jurisprudence autrich. Journal de Dr. Int. Privé*, 1888, pag. 127.

straniero, sono destituite in Austria d'ogni valore e la parte che vorrebbe invocarle deve rinnovare l'azione davanti ai magistrati austriaci.

853. — Le regole risultanti dai decreti austriaci ed integrate dalla giurisprudenza, furono quasi del tutto codificate nella legge ungherese del 1 Giugno 1881. (1) Chi vuol far eseguire una sentenza straniera deve presentarne la domanda al tribunale ungherese che sarebbe competente per giudicare della controversia; nella domanda viene indicato un termine per la citazione dell'altra parte; (2) le spiegazioni fornite dalla quale sono un elemento essenziale del giudizio di esecuzione. (3) La competenza del tribunale straniero (4) deve giudicarsi esclusivamente dal punto di vista del diritto ungherese, e, per ritenere il giudicato suscettibile di esecutorietà, si esige, quanto alla parte formale, che sia passato in cosa giudicata, che, se un suddito ungherese fu condannato in contumacia, l'atto di citazione gli sia stato notificato personalmente nel paese dove fu pronunciata la sentenza, od in caso di assenza di lui col mezzo del tribunale ungherese; (5) e, quanto alla parte materiale, che non si tratti di questione interessante lo statuto personale di un suddito ungherese, (6) e che l'obbiettivo ricercato mercè l'esecuzione non cada sotto la proibizione di una legge ungherese. (7) La concessione dell'exequatur a tali condizioni è poi subordinata all'esistenza della reciprocità (8) la cui prova deve essere richiesta d'ufficio dal tribunale e fornita da chi domanda l'esecuzione. (9) Le sentenze rese in Austria (10) vengono ammesse all'esecuzione in Ungheria, in seguito a commissione rogatoria, a condizione di reciprocità e salvochè l'atto di cui si vuol ottenere l'esecuzione non sia contrario ad una legge proibitiva ungherese. .

In Croazia (11) non è imposto in modo così assoluto al magistrato di apprezzare secondo i concetti della legge territoriale la competenza straniera, ma questa deve constatarsi secondo i generali principî fondamentali del diritto e di ciò può chiedersi nei casi

(1) Art, 3. 4, 5, *Annuaire de lég. étr.*, 1882, pag. 368, 9.
(2) Reuling, l. c., pag. 90.
(3) Art. 10. *Ann.* l. c. — (4) Art. 3, c.
(5) Art. 3, a, b. — (6) Art. 5. — (7) Art. 3. — (8) Art. 3.
(9) V. Reuling l. c. pag. 90, 1.
(10) Articolo 4.
(11) § 550, dell' Ordinam. process. civ. croato.

dubbî la giustificazione o a chi domanda l'*exequatur* od allo stesso tribunale giudicante. Si richiedono come requisiti indispensabili la presentazione in originale della sentenza e la prova della sua qualità esecutiva risultante o dalla commissione rogatoria del giudice straniero o, quando l'istanza di esecuzione sia presentata direttamente dalla parte, dalla clausola esecutiva appostavi dal medesimo tribunale; e l'applicazione di tali norme è subordinata, oltrechè alla garanzia dell'ordine pubblico, alla condizione della reciprocità; ma questa, anzichè doversi provare, si presume ogniqualvolta manchi un particolare motivo per dubitare della sua esistenza. (1)

Nella Bosnia ed Erzegovina, (2) salvo le particolari disposizioni dei trattati ed in quanto corrispondano colle prescrizioni generali relative al soccorso giudiziario, sono suscettibili di esecuzione le sentenze definitive rese fuori del territorio, quando il magistrato straniéro era competente secondo le norme della legge bosniaco-erzegovinese; quando il convenuto fu citato davanti a quel magistrato in modo ritenuto regolare secondo la stessa legge, e non fu messo nell'impossibilità di farsi rappresentare, e quando non si tratti di dare esecuzione ad un atto illecito in quel territorio.

854. — L'impero tedesco col codice di procedura civile del 30 Gennaio 1877 (3) regolò legislativamente in modo uniforme tale materia per tutto il suo territorio e per i tribunali consolari tedeschi stabiliti nei paesi non cristiani dove di regola nei rapporti giurisdizionali gli europei continuano ad obbedire alla sola sovranità personale rispettiva. (4) Le sue disposizioni sono ispirate dal principio che, essendo destituite le decisioni giudiziarie di un paese d'ogni valore fuori dei confini del territorio dove furono pronunciate, tutta la loro efficacia debba farsi dipendere dalle concessioni ottenute nel territorio straniero dove si voglia farle valere, e contenersi in modo rigoroso nei limiti espressamente definiti da tali concessioni legislative o convenzionali. (5)

(1) Reuling l. c. pag. 101, 2.

(2) Ordinamento del processo civile del 1 Settembre 1883, Pöltzel, l. c. pag. 106, 7.

(3) Articolo 660, 1.

(4) Legge del 10 Luglio 1879, sulla giurisdizione consolare. Reuling, l. c. pag. 53, 5, e Stengel, Die Staats und völkerrechtliche Stellung der deutschen Kolonien, Berlin, Verlag des deutschen Kolonialvereins, 1886, pagina 26, 27.

(5) Böhm, l. c., pag. 167.

Da ciò deriva che una sentenza straniera per sè stessa non si ritenga costituire in Germania fondamento all'eccezione di cosa giudicata, ma possa esserlo soltanto nei limiti e sotto le condizioni imposte per la sua esecutorietà. Così giudicò il tribunale dell'impero il 19 Gennaio 1883 (1) dichiarando inammissibile l'eccezione di cosa giudicata che due negozianti, già citati davanti il tribunale di Stoccolma e prosciolti presso di questo dagli effetti della domanda, opponevano all'altra parte che, avendo essi trasferito il domicilio in Germania, li aveva citati di nuovo davanti ad un tribunale tedesco. Quando il codice germanico enumera dunque le condizioni sotto le quali « la sentenza di un tribunale straniero sarà messa ad esecuzione », s'intende sottoposta a tali condizioni tutta l'efficacia, anche non positivamente esecutoria, di quelle sentenze.

Così poi dal punto di vista della efficacia positiva come di quella negativa, le regole del codice germanico, devono poi applicarsi soltanto alle sentenze propriamente dette (Urtheile), oppure possono estendersi anche a tutte le decisioni dei tribunali stranieri che non abbiano l'indole di un responso definitivo giudiziario? La prima soluzione parrebbe preferibile perchè il codice parla veramente di « Urtheile ». Alcuni sostengono la tesi opposta; (2) ma altri li combattono facendo notare che tale interpretazione non è conciliabile colla legge vigente, nè sarebbe in sè stessa desiderabile, non corrispondendo all'istituto dell'esecuzione che si riferisce soltanto alle decisioni definitive d'un processo. Inoltre non sono considerate come sentenze di tribunali stranieri, nè le decisioni di un tribunale amministrativo, nè quelle di un arbitrato. (3)

A concedere autorità in Germania alle sentenze straniere, sono competenti le magistrature di prima istanza, (4) nel cui territorio il debitore è domiciliato, od, in mancanza di domicilio, davanti al tribunale della situazione dell'oggetto litigioso, o, se trattasi di obbligazioni non soddisfatte, della situazione dei beni del convenuto, o davanti il tribunale della residenza o quello dell'ultimo domicilio in Germania. (5)

(1) *Journal* 1883, pag. 239-342; vedi alle pag. 242-5 la critica della direzione del *Journal*. — (2) Franke e Kleiner, ap. Böhm, pag. 168. n.

(3) Böhm, l. c., pag. 169, n° 4.

(4) Secondo la qualità dell'azione, « amtsgericht » giudice unico, oppure « landgericht » o magistrato collegiale. — (5) Art. 24, 660.

Nella sentenza straniera devono verificarsi determinate condizioni formali e materiali, in buona parte analoghe a quelle che costituiscono gli elementi del nostro giudizio di delibazione. Anzitutto la fonte da cui emanò la sentenza straniera deve essere legittima, deve trattarsi cioè di un tribunale competente secondo il diritto in vigore nel territorio del tribunale tedesco cui si domanda l'esecuzione. Nei *motivi* però non si è dimenticato di notare che deve controllarsi alla stregua del diritto tedesco la giurisdizione dei magistrati stranieri, ma non già la concreta competenza di un determinato tribunale appartenente ad un paese straniero. Dal primo punto di vista si dovrà verificare non solo se il tribunale straniero abbia applicato le norme del diritto tedesco relative alla competenza, ma si dovrà anche esaminare se i fatti sui quali si volle fondare tale competenza siano veramente tali da costituirne un fondamento. Dal secondo punto di vista il tribunale tedesco non deve indagare se le regole di competenza per materia, valore e territorio del diritto straniero corrispondano o non corrispondano a quelle del diritto germanico. (1) Si richiede inoltre che, (2) la sentenza straniera abbia acquistato nel paese dove venne pronunciata, autorità di cosa giudicata.

Rispetto poi all'altra condizione formale richiesta nel nostro giudizio di delibazione: che cioè la parte soccombente sia stata regolarmente citata e rappresentata o legalmente contumace, il codice germanico fa una distinzione, la sola in questa materia fra nazionali e stranieri. Soltanto quando il debitore condannato sia di nazionalità tedesca e non siasi difeso davanti al magistrato giudicante, si nega l'*exequatur* alla sentenza ogniqualvolta la citazione non gli sia stata notificata personalmente nello Stato dove siede il tribunale che l'ha giudicato, o nell'impero germanico per mezzo di commissione rogatoria. (3)

La condizione sostanziale richiesta segna il minimo di territorialità possibile in tale materia, e parrebbe, a chi la consideri nella lettera della legge, più moderata ancora di quella corrispondente del nostro codice. (4) Infatti mentre questo esige che la sentenza « non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico od al diritto pubblico del regno », il codice tedesco esclude dall'esecutorietà

(1) Böhm, l. c., pag. 173-4 e n° 20. — (2) Art. 611, 1.
(3) Art. 661, [4].
(4) C. di proc. civ. it. art. 941, 4; cod. germ. di proc. civ. art. 661, [2].

le sentenze « la cui esecuzione avrebbe per effetto di costringere al compimento di un atto rispetto al quale la coazione non possa venir esercitata in Germania ». Per tal guisa sarebbe misconosciuta una sentenza che imponesse la prigionia, la celebrazione forzosa d'un matrimonio od altri atti per sè stessi illeciti nel territorio ma non quella che fosse fondata sopra un titolo non riconoscibile in Germania come il debito di giuoco, o derivasse da un commercio che in Germania è considerato illecito. (1)

855. — La dizione degli articoli del codice si presta però in parte ad una interpretazione restrittiva che, quando venisse adottata, autorizzerebbe molto maggior larghezza di revisione formale e sostanziale, ponendo così di fatto il diritto germanico fra quelli nei quali il diritto austriaco e gli altri analoghi non potrebbero più riscontrare la reciprocità. Quegli articoli infatti, a differenza di quelli corrispondenti del codice nostro, sono concepiti in una forma negativa. (2) Il tribunale dell'impero prese argomento da ciò per ritenere (3) che il codice, quando esistano le condizioni stabilite dall'articolo 661, *permette* ma non *impone*, di rendere esecutorie le sentenze straniere ogni qualvolta, pur verificandosi quelle condizioni, il tribunale germanico trovi un'altra causa per non consentirne l'esecuzione, come la mancanza di qualità per richiederla nell'attore, o l'estinzione del titolo riconosciuto nella sentenza, od altro ostacolo insorto nell'intervallo fra il passaggio della sentenza in cosa giudicata e la domanda di *exequatur*.

Ad ogni modo la legge rende inamissibile una revisione sostanziale oltre ai limiti suaccennati, disponendo che (4) « la sentenza di esecuzione sarà resa senza che il tribunale debba esaminare se la decisione è conforme alla legge »; ed in quanto alle altre estensioni di controllo, seppur fossero autorizzate dalla lettera della legge, basterebbe a sconsigliare dal ricorrervi il desiderio di assicurare l'esecuzione delle sentenze tedesche nei paesi che ammettono le sentenze straniere con una revisione specialmente formale sotto condizione di reciprocità.

(1) Böhm, l c., pag. 172, 3.

(2) Art. 660. La sentenza ... ecc. *non* sarà messa in esecuzione se non sarà stata dichiarata ammissibile da un giudizio di esecuzione; art. 661. Il giudizio di esecuzione *non* sarà reso quando: 1. ecc.

(3) 5 Febb. 1885, *Journal de Dr. Int. Privé,* 1886, pag. 604, 5.

(4) Art. 661.

Ed è pur questa la condizione alla quale il codice germanico subordina l'applicabilità di tutte le altre che abbiamo enumerate. (1) S'intende però esistere la reciprocità non solo quando sia garantita mediante un trattato internazionale, o quando l'assicurazione ne sia avvenuta mediante scambio di dichiarazioni, o ne sia stabilita fuori di dubbio dalle leggi dell'altro Stato, ma anche quando le sentenze tedesche siano di fatto eseguite dai tribunali di un altro paese, purchè però, in quest'ultimo caso, tale pratica risulti dall'applicazione di una norma giuridica generalmente riconosciuta. Ma il concetto e gli effetti della reciprocità accolta in Germania sono ben diversi da quelli notati in Austria e si accostano invece a quelli del diritto rumeno. (2) Mentre infatti il principio dominante nel diritto austriaco è la reciprocità, le regole di delibazione sono sussidiarie in quel sistema e vengono modificate rispetto ad ogni singolo Stato di tanto di quanto dalla loro essenza si allontana ciascun diritto straniero; il diritto germanico invece stabilisce in via assoluta le norme dell'esecutorietà e ne sottopone l'applicazione alla condizione di reciprocità, così da non dar esecuzione, nemmeno a condizioni più gravose, alle sentenze di quei paesi dove si eseguiscono con proporzioni maggiori di revisione ed in condizioni più gravose le sentenze germaniche. (3) Per constatare se esiste la reciprocità non si dovrà esigere che nel paese da cui proviene la sentenza della quale si domanda l'esecuzione si conceda esecuzione a tutte le sentenze esecutorie tedesche; poichè ciò sarebbe impossibile; avendo ogni paese il dovere di tutelare il proprio diritto pubblico e raramente armonizzando del tutto i diritti pubblici di due Stati; ma per ritenere nell'altro Stato garantita la reciprocità si dovrà indagare se le sentenze tedesche normalmente vi si eseguiscano alle stesse condizioni ammesse in Germania. Per tali motivi si ritenne garantita la reciprocità dall'Austria; (4) e per lo stesso motivo si ritennero ineseguibili le

(1) Art. 661. L'exequatur non sarà concesso ..... 5, quando non sarà garantita la reciprocità.

(2) V. pag. 881, 928-930. — (3) Böhm, l. c., pag. 177.

(4) Landgericht di Berlino, ap. Beauchet. Questions rélatives à l'éxécution des jugements étrangers en Allemagne, *Journal de Dr. Int, Privé*, 1883, pag. 245, 6 e rescritto del ministro della giustizia pruss. del 13 Ottob. 1882, del ministro della giustizia austr. del 30 Gennaio 1880, e corte suprema di Vienna, 25 Maggio 1881.

sentenze russe (1) e, quantunque rispetto a quelle inglesi un tribunale di prima istanza e la corte d'appello di Oldenburgo, badando ai risultamenti di fatto avessero ritenuta garantita la reciprocità, il tribunale dell'impero ne respinse la domanda di esecuzione ritenendo esclusa la reciprocità dalla necessità di introdurre una nuova azione per poter eseguire le sentenze straniere in Inghilterra. (2)

Determinazioni della reciprocità mediante trattati mancano ancora del tutto nel diritto imperiale germanico; soltanto, come misura transitoria, dopo la guerra del 1870 la convenzione dell' 11 Dicembre 1871 addizionale alla pace di Francoforte aveva stabilito che le sentenze passate in giudicato il 20 Maggio 1871, giorno della cessione, conservassero senz'altro la qualità di cosa giudicata e la efficacia esecutiva. Rimangono frattanto in vigore le convenzioni ch' erano state antecedentemente stipulate dai singoli Stati tedeschi; però, come è ben naturale, con efficacia nel solo Stato tedesco che le ha rispettivamente stipulate; sicchè una sentenza straniera esecutoria in uno Stato tedesco a termini di una convenzione particolare, dovrebbe sempre corrispondere alle condizioni comuni stabilite nel codice di procedura per essere esecutoria anche negli altri territorî dell'impero. (3)

La stessa condizione di reciprocità che in Germania, si esige anche nelle provincie baltiche (4)

856. — La questione dell'esecuzione delle sentenze straniere assume un aspetto particolare nei paesi non cristiani dove si complica colle conseguenze dei privilegi giurisdizionali. Per effetto di questi, mentre conservano tutta la loro efficacia, rispetto alle sentenze pronunciate dai tribunali di quelli Stati, le norme vigenti nei varî paesi europei circa l'esecuzione delle sentenze, i giudicati pronunciati in Europa non soggiacciono per la loro esecuzione in quei territorî alle regole, per quanto restrittive, che possono es-

(1) V. pag. 891 e n.º 4. Trib. supremo di Dresda, 17 Marzo 1884, *Journal*, 1884, pag. 600, 4.

(2) Beschorner l. c., e Alexander nell'*Assoc. Report.* for 1885, pag. 138, 9.

(3) Böhm, l. c., pag. 177.

(4) Però mentre l'Engelmann, l. c., ritiene che per tal guisa siano suscettibili di esecuzione le sentenze baltiche in Germania, il tribunale superiore di Karlsruhe venne, per l'effetto della diversità delle altre condizioni, in diverso giudizio: Böhm, pag. 199 e n.ª 17.

servi stabilite se non in quanto si riferiscano a sudditi del paese dove se ne domanda l'esecuzione. Infatti, in quanto riguardano europei, se i privilegi giurisdizionali di cui questi godono fanno sì che possano, anche mentre risiedono in quei territori, venir giudicati da una propria giurisdizione, tanto più sarà sottratta rispetto a loro ad ogni controllo del magistrato locale l'efficacia delle sentenze pronunciate in territorio europeo da autorità competente secondo la loro legge nazionale. Perciò quando la legge egiziana (1) dispone che: « le sentenze straniere saranno esecutorie in Egitto sotto le medesime condizioni e colle stesse formalità che si richiedono nei casi analoghi dalle leggi del paese dove quelle sentenze furono pronunciate », s'intende esclusa, dagli effetti della sua disposizione, tutta la materia della giurisdizione consolare. Ma dove, come in Egitto, vennero istituiti per una parte delle controversie fra europei ed indigeni e fra europei di diversa nazionalità, alcune magistrature miste, la questione si presenta sotto vari altri aspetti in parte ignoti al diritto europeo. Quale efficacia si riconoscerà dalla magistratura mista alle sentenze pronunciate in Europa? Quale nei diversi paesi d'Europa ai giudicati dei tribunali misti? E da questi quale autorità sarà riconosciuta alle sentenze dei magistrati indigeni?

857. — Alla prima domanda risponde in Egitto il codice di procedura civile e commerciale per i tribunali misti, (2) disponendo che: « le sentenze rese all'estero da un tribunale straniero, saranno esecutorie in Egitto mediante semplice ordinanza del presidente del tribunale sotto condizione di reciprocità »; ed una sentenza della corte d'appello mista d'Alessandria del 13 dicembre 1877, che mancando la reciprocità alla condizione stabilita nel codice di procedura, affidava la decisione sull'esecutorietà di una sentenza greca fra un greco ed un italiano, al tribunale di prima istanza. (3) Il magistrato competente a decidere sull'esecutorietà è in caso diverso quello che sarebbe competente secondo le leggi del paese da cui proviene la sentenza; e sarà per le sentenze della maggior parte dei paesi d'Europa il tribunale di prima

(1) C. di proc. civ. per i tribunali indigeni. art. 407.
(2) Articolo 468.
(3) Vidal, De l'éxécution en Egypte des jugements rendus à l'étranger, *Journal*, 1887. pag. 280.

istanza, e per le sentenze italiane, portoghesi, e (in mancanza d'una corte suprema mista) spagnuole, la corte d'appello. (1)

E tale stretta reciprocità che si segue circa l'autorità cui spetta la decisione dell'*exequatur* vien applicata pure nel determinare le condizioni nelle quali esso debba essere concesso o rifiutato. Ciò si può dedurre dalla citata sentenza della corte d'appello del 1877, avendo essa incaricato il tribunale di prima istanza di sottoporre la sentenza greca di cui si trattava, a tutte quelle indagini formali e sostanziali cui si sottopongono in Grecia le sentenze rese da tribunali stranieri fra parti che non siano tutte straniere; e ciò venne affermato esplicitamente dalla giurisprudenza successiva dei tribunali misti. Così quello del Cairo il 17 Maggio 1886 decidendo sull'istanza di un inglese che aveva citato un indigeno per il pagamento di una somma cui questo era stato condannato dall'alta corte di giustizia di Liverpool, o per convalidazione di un sequestro praticato presso il ministero delle finanze alla stessa data della citazione. Interpretando la legislazione inglese nel senso di rifiuto completo di esecuzione alle sentenze straniere, quella corte giudicò « essere assolutamente necessario che l'attore presenti ogni documento giustificativo atto a stabilire il proprio diritto come se non vi fosse stata istanza davanti un' altra giurisdizione ed in un'altro paese », ed in mancanza di tali prove respinse la domanda ed invalidò il sequestro. (2) E la corte d'appello d'Alessandria, decidendo della sentenza italiana prima accennata, prendeva per base del proprio esame l'articolo 941 del nostro codice di procedura civile, e, poichè quella sentenza corrispondeva alle condizioni che sono richieste da quella disposizione la dichiarava esecutoria in Egitto. (3)

858. — Quanto all'autorità che ai giudicati pronunciati dai tribunali misti debba spettare in Europa, si possono presentare tre soluzioni: o ritenerli, specialmente nei casi in cui si sia ricorso a quella magistratura presciegliendola ad altra giurisdizione consolare od indigena, come giudizi arbitrali; o assimilarli nei riguardi dell'esecuzione ai giudicati dei tribunali indigeni, o giudicarli se

(1) Vidal, l. c., e corte d'appello d'Alessandria, 2 Dicembre 1885, Geisser c. le tre mogli di Ismail pascià; *Journal* 1887, pag. 228-30.

(2) Trib. misto del Cairo 17 Maggio 1886. Littledale c. Habib Mussalì. *Journal de Dr. Int. Privé* 1887, pag. 98-100.

(3) *Journal* 1887, pag. 228-230.

non formalmente, sostanzialmente identici alle sentenze consolari. La prima opinione venne espressa dal Fiore che però aveva allora in considerazione soltanto le commissioni miste istituite nell' impero ottomano, ed accennava in nota al progetto di tribunali misti egiziani senza dire se a quelli avrebbe ritenuto applicabile il medesimo concetto. Il Vidal bey, direttore della scuola di diritto del Cairo, sostiene la terza opinione: i tribunali misti, egli dice, furono istituiti in Egitto per accordo fra le varie potenze ed in virtù di leggi votate in ciascun paese; essi sono dunque magistrature che i varî Stati hanno sostituito alle magistrature consolari, incaricandole di applicare leggi emanate dal loro potere legislativo; perchè dunque non assimilarne le sentenze a quelle emanate dai loro giudici? Egli vorrebbe perciò che le sentenze dei tribunali misti fossero esecutorie di per sè negli Stati che parteciparono alla loro istituzione, salvo una semplice legalizzazione simile a quella che si esige per le sentenze consolari. (1)

Tali due opinioni mi sembrano entrambe soggette alla critica. La prima implica lo sconoscimento nella decisione del carattere di sentenza e nell'autorità da cui essa emana di quello di magistratura; ora un tale concetto avrebbe potuto applicarsi ai giudici-consoli eletti dai mercanti nel medio evo, od alle corti di equità stabilite per iniziativa dagli inglesi sulla costa occidentale d'Africa prima delle recenti occupazioni; (2) non a magistrati che hanno tutto il carattere di giudici, sia per le condizioni della loro istituzione, sia per l'ordinamento del loro ufficio, sia per le leggi materiali e di procedura che guidano la loro condotta.

Chi preferisce poi la seconda soluzione vi è indotto perchè, badando al substratto delle giudicature miste che è lo stesso di quello dei tribunali consolari, trascura di considerare nell'istituzione di quelli la trasformazione essenziale del carattere di questi nella magistratura mista cui ne fu attribuita in parte la missione. I tribunali consolari sono magistrature d'uno Stato che hanno autorità sui sudditi di questo in quanto lo consenta la sovranità territoriale, e sui sudditi del territorio o dei singoli altri Stati in questo rappresentati secondo che lo permettono le convenzioni fra le sovranità rispettive o gli

(1) Vidal, éxécut. en Egypte des jugeménts rendus à l'ètrang. *Journal de Dr. Int. Privé* 1887, pag. 281-3.

(2) Die deutschen Niederlassungen an der Guinea Küste, von Baix Förster, Weimar, Geograph. Instit. 1885, pag. 25.

usi internazionali. I tribunali misti ne sono diversi quanto alla istituzione perchè i giudici che li compongono, quantunque indicati dalle varie potenze, vengono nominati dalla sovranità territoriale e pronunciano le sentenze in nome di questa, e perchè la loro competenza, per il fatto stesso della loro formazione, non è nazionale, ma generale senza che vi sia necessariamente corrispondenza fra la nazionalità delle parti e quella dei singoli giudici che costituiscono in un caso concreto le corti giudicanti; e l'essere d'altronde i codici, applicati dai tribunali misti, consentiti anche dalle varie potenze europee, non toglie che essi siano anche e sopratutto leggi dello Stato dove le magistrature miste risiedono.

Le loro sentenze devono dunque essere trattate in Europa come sentenze straniere. (1) Però anche questa soluzione, per corrispondere alla giustizia ed all'equità, non può essere così semplice e così assoluta se non nei rapporti coi paesi dove, come nel nostro, tutte le sentenze straniere vengono eseguite alle stesse condizioni mediante il minimo possibile di revisione, o con quelli dove la legge si oppone in modo assoluto all'esecuzione delle sentenze straniere. Ma negli Stati dove queste vengano dichiarate esecutorie a condizioni meno rigorose delle ordinarie quando sia garantita la reciprocità, non si dovrà ritenere questa come esistente o, per meglio dire, non si dovrà riconoscere come risultante una garanzia che vi equivalga, dal fatto che lo Stato dove se ne domanda l'esecuzione ha contribuito all'istituzione ed alla costituzione dei tribunali misti ed a compilare ed approvare le leggi che vi vengono applicate? Ciò parrebbe fuori d'ogni dubbio. Alcuni sostengono tale soluzione anche relativamente a quegli Stati europei che, come la Francia, ammettono le sentenze all'esecuzione mediante la revisione sostanziale, ritenendo che simili giudicati debbano assimilarsi a quelli provenienti da paesi coi quali lo Stato abbia concluso un trattato a tale scopo. Così il Fauchille (2) vorrebbe che quelle sentenze fossero eseguite in Francia come quelle italiane o svizzere; ed in termini analoghi, benchè in modo meno chiaro, s'esprime il Privat. (3) Il Daguin (4) combatte tale solu-

(1) Gianzana, l. c., pag. 29.

(2) Paul Fauchille. De l'exéc. en Fr. des jugememts rendus par les tribunaux mixtes d'Egypte, *Journal de Dr. Int. Privé* 1880, pag. 457-463.

(3) Privat. De l'organisat. judic. en Egypte, *Journal*, 1887, pag. 533.

(4) Daguin, l. c., pag. 168, 9.

zione, dicendo che, quantunque partigiano della revisione principalmente formale, pur non riscontra nelle sentenze miste un minor carattere di estraneità che permetta di derogare rispetto ad esse al sistema seguito quanto alle altre sentenze straniere. A ciò può rispondersi che dalle altre sentenze straniere esse si distinguono in Francia in quanto che alla formazione dei tribunali che le pronunciano e delle leggi di cui sono l'applicazione ha pur contribuito il governo francese. È naturale che la magistratura in questi paesi ed in quelli che seguono il sistema della reciprocità esiti ad adottare spontaneamente una tale soluzione, ma non dovrebbero esitare punto i singoli Stati ad assimilare quei giudicati alle sentenze ammesse all'esecuzione nel modo più favorevole nel proprio territorio.

859. — Gli stessi concetti sono applicabili a determinare il valore che debba riconoscersi dai tribunali misti alle sentenze rese dai tribunali indigeni. Trattandosi infatti di giudicati d'un magistrato che siede sullo stesso territorio, è istituito dalla medesima sovranità, e pronuncia in nome dello stesso sovrano in virtù d'una determinazione di competenza che, insieme coll'autorità dello Stato, tutte le autorità sovrane rappresentate in Egitto da consoli hanno contribuito a definire, non possono venir giustamente considerati come stranieri dai tribunali misti.

Questi però, badando specialmente al proprio carattere di trasformazione delle giurisdizioni consolari, preferirono finora quest'ultima soluzione, ritenendo che, in mancanza di una convenzione fra le varie potenze e l'Egitto, l'*exequatur* non possa venir loro accordato (1), e che si debba dichiarare nulla l'ipoteca iscritta nei registri dei tribunali misti in virtù d'una sentenza indigena. Però, in quanto riguarda almeno le ipoteche giudiziarie di creditori indigeni, la giurisprudenza si è recentemente modificata; (2) ma d'ogni parte s'invoca la medesima soluzione per tutti quei casi nei quali le sentenze indigene hanno bisogno dell'intermediario dei tribunali misti per essere eseguite.

Sarebbe diversa la soluzione da adottarsi quanto alle sentenze indigene tunisine di cui si chiedesse l'esecuzione davanti ai nuovi tribunali istituiti dalla Francia nel territorio della Reggenza; que-

(1) Trib. misto di 1.ª ist. del Cairo, 31 Gennaio 1887 Germain Casse e Terzi c. Joussefian e Béchard, *Journal* 1887, pag. 363, 4.

(2) Riforma della sentenza antecedente, C. d'App. di Alessandria, 15 Giugno 1887, Privat., l. cit. pag. 533, n.º 1.

sti sono veramente giurisdizioni consolari cui il protettorato ha conferito maggiore estensione e sviluppo e gli accordi fra la Francia e le altre potenze europee hanno attribuita maggior competenza nei riguardi degli stranieri residenti, ma le quali, non essendo avvenuta la confusione delle due sovranità, non hanno modificata la propria intima natura; essendo pertanto le due magistrature istituite da due sovranità diverse, i tribunali francesi in Tunisia devono considerare quelli indigeni come stranieri, e trattare le loro sentenze nei riguardi dell'*exequatur* alle stesse condizioni cui vengono sottoposte in Francia le sentenze straniere.

860. — La condizione del diritto positivo rispetto all'argomento di cui ci siamo finora occupati se non corrisponde che scarsamente agli attuali bisogni della vita internazionale, pur dà argomento a bene sperare quando la si considera nel suo sviluppo storico. Mentre or fa un secolo tale argomento poteva dirsi ignorato nelle legislazioni particolari, ora le leggi o le consuetudini dei popoli civili che lo considerano, costituiscono la maggioranza; e quantunque ben poche siano quelle che abbiano saputo contemperare nel miglior modo i diritti della sovranità col riconoscimento estraterritoriale delle sentenze, pure il misconoscimento sistematico della sentenza straniera e la necessità per chi l'ha ottenuta di rinnovare l'azione, che in un tempo relativamente recente erano la regola, sono divenuti eccezione, e riconoscendo alle decisioni straniere per sè stesse il carattere di sentenze a condizioni più o meno rigorose, con o senza la condizione della reciprocità, si è disposti ad attribuire loro normalmente anche l'efficacia esecutoria. Così gli Stati civili mostrano d'essere progressivamente compresi d'un sentimento di reciproca fiducia, e disposti a sviluppare anche in questo campo quel soccorso giuridico e quella cooperazione per il raggiungimento di uno scopo comune, che sono la meta del diritto internazionale.

Tali concetti appariscono ancor maggiormente dai trattati bilaterali che, iniziati nel secolo scorso, divennero più numerosi nel presente e mercè i quali o Stati, che normalmente non ammettono all' esecuzione le sentenze straniere, s'inducono a riconoscere eccezionalmente quelle provenienti da un altro paese, o Stati che le ammettono a condizioni rigorose si accordano su una base più liberale di reciprocità. Ed anche nella successione cronologica di

quei trattati si scorge come lo sviluppo dei medesimi concetti insieme colla tecnica della loro attuazione siasi venuto affinando mercè l'esperienza.

Il controllo vago esercitato *à la forme de droit* secondo il trattato franco sardo, si trasforma nelle condizioni ben determinate e liberali del giudizio di delibazione dell'accordo italo-francese; e le condizioni di non peccare per manifesta ingiustizia e di non offendere una legge proibitiva, stipulate nel trattato sardo-spagnuolo, e modificate nel senso della tutela dell'ordine pubblico dal nostro codice di procedura, e rispetto all'Italia, dalla reciprocità vigente in Ispagna, vengono pure riprodotte in questi limiti dal trattato franco-svizzero, da quello italo-serbo e da quello italo-rumeno. (1) E poichè l'accennare alla competenza del magistrato non può bastare, nella varietà di criteri esistenti nelle leggi diverse, per constatare in modo certo e comune la competenza, già fin dal 1846 comincia il trattato franco-badese a stabilire circa la competenza certe regole uniformi che importano da parte della Francia rinuncia ad una competenza eccezionale che viene attribuita dalla sua legge comune ai suoi magistrati; la convenzione franco-svizzera segue il medesimo esempio, e quella austro-serba, pur non codificando alcune norme uniformi ai due paesi circa la competenza, pure evita la diversità di soluzioni stipulando che la competenza debba constatarsi secondo le leggi vigenti nel paese dove si domanda l'esecuzione.

Dalle leggi della massima parte dei paesi e dai trattati fra alcuni di loro apparisce dunque la tendenza a consentire reciprocamente l'esecuzione delle sentenze rispettive, e, dopo averla consentita, ad evitare i conflitti che possono pur persistere per effetto di qualche lacuna od incertezza nelle disposizioni sancite o stipulate. Negli stessi paesi che non applicano, senza un trattato, le sentenze straniere, è dato constatare la stessa tendenza. L'Olanda è pur uno dei paesi dove tale argomento sia stato maggiormente studiato; l'Asser vi ha contribuito vigorosamente a richiamarvi l'attenzione degli studiosi e dei governi; ed il governo di quel paese prese in questo senso nel 1873 (2) un'iniziativa che, quan-

(1) V. pag. 877.

(2) Il Ministro Gerike de Herwynen indirizzò nel marzo del 1874 agli altri governi una nota, nella quale deplorava che la forza esecutoria dei giudizî resi in materia civile o commerciale fosse generalmente limitata al

tunque non riuscita, è sufficiente come prova delle sue tendenze. Nella Russia stessa tale tendenza appariva manifestamente dal progetto di codice di procedura civile. I dipartimenti riuniti del consiglio dell'impero (1) avevano concepito le disposizioni degli articoli 1273 eseguenti (2) nel senso di dichiarare esecutorie, alle stesse condizioni in quelli specificate e senza veruna condizione di reciprocità né convenzionale nè di fatto, le sentenze di tutti gli altri Stati; e gli articoli furono modificati nella redazione definitiva esclusivamente per volontà del ministro degli esteri. Finalmente fra gli Stati che sottopongono l'applicazione delle norme sancite nelle loro leggi in tale argomento alla condizione della reciprocità, è notevole la tendenza, quando quella in parte manchi in un'altro paese, a non misconoscere del tutto le sentenze che ne provengono, ma a limitarsi a sottoporle a quelle più rigorose condizioni che vengono richieste rispetto ai giudicati stranieri nel paese della loro origine.

Tuttociò dimostra, che, mentre in molti altri aspetti dei rapporti fra gli Stati, si notano tendenze diverse, così che, quanta divergenza si riscontra fra le leggi particolari governanti un isti-

territorio del paese donde emanano e che, negli stessi casi nei quali certe legislazioni ammettono più o meno l'autorità delle sentenze straniere, questa concessione fosse subordinata ad una procedura abbastanza complicata per diminuirne notevolmente od annullarne l'utilità. Mentre il Ministro dei Paesi Bassi faceva risaltare i vantaggi che presenterebbe l'estensione della forza esecutoria delle sentenze dal punto di vista delle relazioni commerciali mediante serie garanzie, egli riconosceva che la questione era una delle più difficili del diritto internazionale e che lo studio non ne era ancora abbastanza completo, nè le convinzioni dei giureconsulti rispetto ad essa abbastanza assodate, per formulare delle regole che avessero probabilità di venire generalmente accolte, e stabilire, per dir così, un Codice Europeo circa la forza esecutoria delle sentenze straniere. Egli s'accontentava dunque di proporre ai governi la riunione di una conferenza di uomini competenti scelti dai vari Stati per redigere un progetto circa le condizioni alle quali avrebbe dovuto ammettersi l'esecuzione delle sentenze straniere.

Tale proposta fu accolta benevolmente dall'Italia, dal Belgio, dall'Austria e dalla Russia; anzi il governo di quest'ultimo paese nominò nel corso dello stesso anno una commissione « per studiare i sistemi in vigore in tale materia allo scopo di favorire la forza esecutoria delle sentenze straniere e di determinarne le condizioni ». La Danimarca e la Svezia, pur mostrando poca fiducia nel successo del tentativo, accettarono il progetto di conferenza: la Francia non rispose; l'Inghilterra e la Norvegia rifiutarono.

(1) Engelmann, l. c., pag. 136, 7. — (2) V. pag. 888-891.

tuto, quasi altrettanta se ne trova fra i criteri rispettivamente adottati di diritto internazionale privato; in quanto riguarda l'esecuzione delle sentenze, la maggioranza degli Stati trovasi avviata in un medesimo indirizzo, e le divergenze legislative e convenzionali appariscono come stadi diversi del cammino verso la medesima meta. Di fronte a tali considerazioni è naturale la domanda se, oltrechè essere desiderabile non sia anche attualmente possibile, uscire in tale materia dal regolamento unilaterale legislativo e da quello pur frammentario risultante dalle convenzioni bilaterali, per ricorrere ad accordi complessivi ed uniformi, che in altri campi del diritto internazionale hanno avuto un esito così facile ed hanno prodotto risultamenti così lieti.

861. — Non mancano voci autorevoli che danno a tale questione una risposta negativa. Il Bulmerincq, cui pur le divergenze anglosassoni non fecero disperare di condur in porto nell'Istituto di diritto internazionale e di fare accettare alle potenze il suo regolamento sulle prede marittime, giudica che l'unione giudiziaria per l'esecuzione delle sentenze non sia che un'utopia (1) e limita le proprie aspirazioni nel voto che frattanto tutte le legislazioni ne dispongano e che i trattati particolari preparino gli accordi generali; il Daguin lo chiama pure un « beau rève » ed il Fusinato giunge alla medesima conclusione (2) tenendo conto soprattutto delle difficoltà pratiche e delle obbiezioni politiche connesse colla classificazione degli Stati da questo punto di vista.

Ma l'affermazione del Bulmerincq parmi contraddetta da quanto finora si venne esponendo, ed alle osservazioni del Fusinato si può rispondere non poter essere lungamente difficile trovare un buon numero di Stati che, animati dal desiderio di un tale accordo, si uniscano per modificare, mercè un trattato complessivo, le proprie leggi sulla esecuzione e sulla competenza. Che poi un accordo generale sull'esecuzione delle sentenze debba seguire gli accordi sugli altri punti del diritto internazionale privato, non saprei consentire.

È vero (3) che non tutti i benefici effetti che se ne possono attendere ne deriveranno finchè non siano eliminati i possibili conflitti fra le leggi civili, commerciali e di procedura; ma non è questa una buona ragione per non usufruire, tostochè si possa, d'una parte

(1) Ein schöner Traum, l. c., pag. 235, l. c., pag. 390.
(2) Fusinato, l. c., pag. 65, 6. — (3) Fusinato, pag. 76.

di quei benefici, dal momento che tale accordo relativo si presenta, insieme con quello per l'applicazione diretta delle leggi straniere, come il più facile fra quanti possono desiderarsene nel diritto internazionale privato. Basterebbe, per renderlo pienamente efficace, nei limiti consentiti dallo stato presente del diritto internazionale, che fossero codificate, insieme colle norme relative alla esecuzione, anche alcune regole circa la competenza. Io considero pertanto i progetti scientifici e quelli governativi fino ad ora non riusciti, come iniziative che hanno notevole probabilità di giungere in un tempo non molto lontano ad un risultamento pratico. (1)

862. — Tanto gli uni quanto gli altri sono in realtà svolgimenti delle norme sancite nella legge italiana; tali sono le prime proposte dell'Asser, (2) il progetto dell'Istituto di diritto internazionale, (3) e quello del Field; (4) il Fiore ed il Fusinato come l'Asser chiariscono la regola generica della nostra legge circa la competenza, e determinando (5) quando una parte debba intendersi legalmente contumace concretano la regola del nostro codice, ed esprimono con una formula generale il principio sancito dal codice germanico a beneficio dei soli nazionali; e agli stessi principî pure s'ispirarono la convenzione firmata a Lima nel 1878 fra i rappresentanti del Perù, Argentina, Chilì, Bolivia, Equatore, Venezuela, Costarica, Guatemala ed Uruguay in quanto si riferisce all'esecuzione reciproca delle sentenze nei loro territori rispettivi; (6) e l'Associazione per la riforma e la codificazione del diritto delle genti, sia nelle regole votate al congresso di Milano circa le con-

(1) V. vol. I, pag. 225-7. — (2) V. vol. I, pag. 223, 4.

(3) Vol. II, pag. 77, 8. — (4) Field, Codice cit., art. 666, 673.

(5) Fiore, pag. 106-114, Fusinato, pag. 116, 7 e 131, 2.

(6) Art. 42. Il giudice richiesto darà esecuzione all'atto se esso non è in opposizione colla giurisdizione nazionale, se la parte è stata legalmente citata e se la sentenza o decisione è eseguibile secondo la legge del paese da cui fu spedita. Art. 54. Le leggi, le sentenze, contratti ed altri atti giuridici che abbiano avuto origine in paese estero, si osserveranno nelle repubbliche solo in quanto non siano incompatibili colla loro costituzione politica, colle leggi di ordine pubblico e coi buoni costumi. Art. 48. Sono applicabili le stesse norme alle sentenze provenienti da paesi estranei alle repubbliche firmatarie: se favoriscono i diritti dei cittadini di quelle repubbliche, o se, quantunque spedite a favore di persone appartenenti ad altri paesi, si verifichi che nello Stato dove ebbe luogo il giudizio o l'arbitrato, si osservi la reciprocità. *Libro verde* cit., 1885, pag. 218-21 e 228-230.

dizioni dell'exequatur, (1) sia in quelle che erano state proposte nella stessa conferenza dall'Alexander (2) e sulle quali in seguito a proposta del Lachau vennero ripresi gli studi nel 1887 circa la competenza. (3) Di quelle proposte solo nell'ultima adunanza mutò per proposta del Clunet (4) il carattere in quello di modello d'un trattato particolare; ma nella prima delle riunioni citate l'Associazione v'aveva dato il carattere (5) di modello d'un trattato complessivo fra gli stati civili; e in quell'occasione la conferenza, approvando una proposta del Gabba, (6) aveva invitato formalmente il governo italiano ad iniziare i necessari negoziati cogli altri governi, prendendo così in Italia e di fronte al governo italiano una pubblica iniziativa diretta a diffondere un sistema che diciotto anni prima l'Italia aveva inaugurato nella propria legislazione e la cui diffusione era da lungo tempo vagheggiata dal ministro degli esteri che allora era al potere.

863. — Il Mancini che stava attendendo ad uno schema più vasto di accordo in materia di diritto internazionale privato, quando ricevette l'invito della Associazione si decise a tendere frattanto a questo « più modesto tentativo entro cerchia più ristretta », e trasmise ai rappresentanti italiani all'estero la lettera avuta dalla presidenza dell'Associazione, incaricandoli di interrogare i governi presso i quali erano accreditati, se aderirebbero a partecipare ad una conferenza su tale argomento. (7) Così accanto ai fini propostisi fino dalle trattative iniziate da lui nel 1867 e dal Crispi nel 1877 e riprese da lui nel 1881 poneva, pur collegandolo agli altri come elemento di discussione indipendente, quello dell'esecuzione delle sentenze che avea già formato nel 1874 oggetto della iniziativa olandese. La proposta fatta dal governo italiano s'identificava pertanto con quella della Associazione per la riforma e la codificazione del diritto delle genti; i voti adottati da questa venivano trasmessi alle varie legazioni italiane per promuovere una conferenza delle cui deliberazioni sarebbero stati base in quanto all'esecutorietà, lasciando impregiudicata del tutto la questione della competenza. (8)

(1) *Associat Report.* 1883, pag. 130-2. V. anche 1886, pag. 136-7.
(2) L. c., pag. 118-9. — (3) Associat. Reports., 1887, pag. 174, 5.
(4) L. c. 1887, pag. 176, 7. — (5) L. c., 1883, pag. 132-3.
(6) L. c., 1883, pag. 133. — (7) *Libro verde*, pag. 82, 3, 142, 3.
(8) *Libro verde*, pag. 81-3.

La fase diplomatica di queste trattative si presentava sotto auspicî molto promettenti. Il governo olandese che aveva accolto con gran favore anche la proposta antecedente del Mancini per un accordo più vasto del quale le norme circa l' esecuzione delle sentenze sarebbero state una parte, (1) faceva la medesima accoglienza alla seconda proposta, pur ammettendo che si dovesse, anzichè redigervi un progetto di convenzione complessiva, compilarvi un modello di convenzione bilaterale che gli Stati avrebbero poi dovuto imitare; (2) il Chilì, pur declinando la prima proposta nel suo complesso, s' era dichiarato disposto ad accoglierne quella parte che riguardava l' esecuzione delle sentenze; (3) ed alla seconda proposta risposero affermativamente la Svizzera, (4) l'Austria, (5) la Grecia, (6) la Danimarca, (7) la Spagna, (8) il Belgio (9) (quantunque (10) avesse risposto negativamente alla prima proposta); la Francia (11) che fin dal 15 Giugno 1881 designava anche il proprio delegato alla futura conferenza; la Russia (12) che pur, senza pronunciarsi categoricamente sulla questione, prometteva di farsi rappresentare alla conferenza da un delegato; il Perù, (13) la Colombia, (14) l'Argentina (15) che si dichiarava favorevole non solo alla riunione di una conferenza in genere, ma anche al progetto proposto dall'associazione; l' Uruguay (16) che poco tempo dopo, informato della probabile riunione della conferenza designava il proprio delegato; la Venezuela, (17) la Guatemala ed il San Salvador, (18) e finalmente la Costarica (19) e l' Honduras, (20) i cui governi s' esprimevano in termini calorosi, favorevolmente alle proposte approvate dalla conferenza di Milano.

La Rumania, (21) la Serbia, (22) e la Svezia (23) subordinavano la propria adesione a quella delle altre potenze; l' Inghilterra aderiva a partecipare ad un esame preliminare di quelle pro-

(1) *Libro verde*, pag. 70-2.
(2) Pag. 131, 2. — (3) Pag. 193. — (4) Pag. 84, 5, 106.
(5) Pag. 87-8. — (6) Pag. 88-90. — (7) Pag. 91, 9, 110.
(8) Pag. 94, 9. — (9) Pag. 94, 5. — (10) Pag. 55, 6.
(11) Pag. 101, 7, 114, 5.
(12) Pag. 104, 5. — (13) Pag. 117, 8, 9.
(14) Pag. 121. — (15) Pag. 123, 4.
(16) Pag. 124-6 e 145. — (17) Pag. 130, 1.
(18) Pag. 126-8. — (19) Pag. 135, 6. — (20) Pag. 136, 8.
(21) Pag. 101. — (22) Pag. 109, 140. — (23) Pag. 90.

poste; (1) ed il Portogallo, (2) quantunque da prima poco disposto ad aderire alla conferenza, prometteva poi di farvisi rappresentare, pur riservandosi completa libertà di risoluzioni e di apprezzamenti rispetto alle conclusioni che vi fossero state adottate. Risposero con un rifiuto il Messico, (3) gli Stati Uniti (4) e la Germania. (5)

Alla proposta di accordi su varî punti del diritto internazionale privato, il governo tedesco aveva risposto facendo adesione al principio, ma rimandando (6) ad altro tempo la propria cooperazione per attuarlo; alla seconda proposta, che richiedeva una decisione più rapida, esso oppose un assoluto diniego. « Il n'y a aucune chance » dicevano all'ambasciatore italiano (7) i sotto-segretari di Stato, « de faire revenir le prince de Bismarck de la résolution adoptée par lui que l'Allemagne ne doit en aucune manière ni directe ni indirecte prendre part à une conférence restreinte à l'éxécution des jugements étrangers ou pouvant comprendre d'autres quéstions de droit international privé. Son aversion part du point de vue de ses principes absolument contraires à des reglements et même à un simple étude de questions semblables ».

Il Mancini (8) non aveva trascurato alcun tentativo per rimuovere il governo germanico dal suo rifiuto, facendogli anche notare che l'Italia ne era indotta ad esitare nella convocazione della conferenza, e che, pur mantenendo il rifiuto, sarebbe bastato al governo italiano che quello germanico avesse data una risposta escludente la propria avversione per gli scopi della conferenza stessa. Il governo germanico dichiarava bensì « qu'il « n'envisa- « gera aucunement d'une manière défavorable le fait d'une confe- « rence convoquée sans la participation d'un délégué de l'Allema- « gne »; ma l'avversione del principe di Bismarck veniva così assolutamente riaffermata, da rendere inutile qualsiasi altro tentativo. Fu allora che il Mancini, con una circolare del 28 giugno 1885, (9) pur mantenendo il proposito di convocare la conferenza, la rimandava a tempo indefinito; quattro mesi dopo la data di quella circolare egli veniva sostituito al ministero degli esteri dal conte di Robilant, e del progetto con tanta cura elaborato non venne fatta più parola.

(1) L. V., pag. 93, 4. — (2) Pag. 121, 6. — (3) Pag. 112, 3.
(4) Pag. 154-161. — (5) Pag. 86, 7 e 146. — (6) Pag. 48.
(7) Pag. 146 e 153. — (8) Pag. 141-4. — (9) Pag. 161-3.

864. — Dall'insuccesso del tentativo fatto dal governo italiano non si può certo dedurre che sia impossibile il riprenderlo con sorte diversa dopo un intervallo di tempo relativamente breve. Le lettura dei documenti pubblicati dal ministro Mancini dimostra che la disposizione ad un accordo esisteva nella maggior parte degli Stati cui il nostro governo erasi rivolto; la causa determinante dell'insuccesso fu dunque l'avversione della Germania, senza la partecipazione della quale il Mancini non avrebbe di buon grado convocata la conferenza, e la quale non volle lasciarsi indurre, nonchè a parteciparvi, a considerarla con favore. Quali siano state le vere cause di tale avversione non è facile indovinare: la « risoluzione di non ammettere che possano aver efficacia in Germania e a danno di sudditi germanici giudicati di taluni tribunali stranieri nella imparzialità e competenza dei quali egli ha mediocre fiducia » che l'ambasciatore germanico addusse (1) come motivo della decisione del principe di Bismarck, non basta a spiegarla, perchè il codice di procedura tedesco pur ammette sotto determinate condizioni (2) i giudicati stranieri contro sudditi tedeschi, perchè lo scopo della conferenza sarebbe stato appunto quello di assicurare fra tutti gli Stati contraenti almeno quelle garanzie che esige la legge germanica, e perchè infine non si sarebbe trattato se non di lavori preparatori ai quali, come l'Inghilterra ed il Portogallo, avrebbe potuto anche la Germania prender parte senza pregiudicare le proprie future deliberazioni.

Forse il principe di Bismarck era troppo occupato nella politica coloniale e nella preparazione della conferenza africana per poter studiare le ragioni che gli venivano addotte in favore del progetto italiano; forse, vivendo al governo del più potente Stato del mondo, ed esercitando una così grande azione politica dal confine della Francia, alla sponda delle isole Samoa, gli parea dispregevole tanto insistente lavoro d'un ministro degli esteri, diretto non a preparare o a definire conquiste di territorio, a bilanciare le vicende delle alleanze, a dividere fra più potenze d'Europa vaste regioni non europee, e ad affermare nelle maggiori proporzioni possibili la supremazia del proprio paese, ma a raggiungere un nobile scopo d'ordine sociale mettendo d'accordo il maggior numero possibile di Stati circa quella parte del diritto

(1) Pag. 141, 2. — (2) V. pag. 881 e segg.

internazionale privato nella quale un accordo complessivo è ormai maggiormente preparato dallo stato delle leggi e dei trattati bilaterali, e dall'indirizzo della scienza e della legislazione.

Ciò che nocque poi senza dubbio al progetto per tal guisa abbandonato, e che non gli avrebbe giovato certamente nemmeno se la conferenza si fosse potuta convocare, fu la sua unione col progetto antecedente del Mancini relativo alla codificazione di varî punti del diritto internazionale privato; poichè, rispetto a quelli, tutta l'esposizione fatta in questi due volumi basta a dimostrare come gli Stati civili siano ancora ben lungi dall'essere preparati a coordinare i loro rispettivi criterî di diritto internazionale privato, in una codificazione comune.

CAPITOLO SESTO

L'AZIONE DIPLOMATICA
E L'AVVENIRE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

L'AZIONE DIPLOMATICA
E L'AVVENIRE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO.

865. — Tutti gli istituti giuridici che siamo venuti studiando nel campo dei rapporti internazionali, ci hanno dato occasione di accennare a trattati mercè i quali due Stati hanno coordinato a comune profitto, secondo i principî del diritto e dell'equità, i criteri rispettivi di diritto internazionale privato. Nello sviluppo di quest'ultimo procede dunque di pari passo, coll'azione scientifica e legislativa, l'azione diplomatica, i cui successi non sono nè pochi nè tenui, ed il cui svolgimento forma uno dei tratti più salienti della storia contemporanea. Mentre infatti un tempo fu quasi esclusivamente una funzione del tutto politica quella della diplomazia,

ed esclusivamente politico il contenuto dei trattati, nel tempo nostro il diplomatico diventa sempre più il tutore, oltrechè degli interessi politici dello Stato considerato come tale, anche dei suoi interessi sociali, e la proporzione fra i trattati d'indole politica e quelli d'indole sociale s'inverte, contribuendo così a sviluppare la solidarietà degli Stati, e dimostrando nel tempo stesso come, in parte sia più complesso che un tempo, in parte siasi modificato il carattere delle loro funzioni.

In tale condizione di progresso civile, in tanto sviluppo di comunicazioni spirituali e materiali tra i varî paesi del mondo, e fra tanti ideali d'armonìa vagheggiati dalla scienza, è naturale che l'azione diplomatica sia stata invocata anche in una forma più complessa, come iniziatrice cioè di un sistema di diritto internazionale privato da instaurarsi in tutta la società degli Stati o fra un gran numero di Stati civili. Nè essa, cui uno scopo così alto doveva certo arridere, rifuggì del tutto finora dall'assumere un compito così arduo; e dobbiamo notare ormai da parte sua più d'una nobilissima iniziativa.

Nel 1861, sotto il Ministero Ricasoli, il consiglio italiano del contenzioso diplomatico intraprese, in seguito ad alcune proposte presentate dal Mancini, l'esame dei « mezzi più convenienti « per diminuire o far cessare un numero considerevole di con« troversie che quotidianamente insorgono con altri Stati d'Europa « e d'America per conflitto di leggi da applicarsi alle persone, ai « beni ed agli atti sia dei cittadini italiani in altri paesi, sia di « stranieri in Italia ». (1) Il governo italiano fece buona accoglienza a tali idee, e propose alla Francia d'iniziare trattative collo scopo di formulare in un trattato le regole più essenziali di diritto civile internazionale, lasciando poi il protocollo aperto agli altri Stati che sarebbero stati invitati ad aderirvi.

Un voto analogo venne formulato nel 1863 dalla commissione legislativa incaricata dell'ultima revisione del nuovo codice italiano, ed il 30 Marzo dello stesso anno la Camera italiana approvò un ordine del giorno proposto in questo senso dal Mancini, il quale, tre anni più tardi, come relatore della commissione che aveva

(1) Camera dei Deputati, Legislatura XI, Sessione 1873-1874. Rendiconti, vol. I, Roma, Botta 1874, Tornata del 24 Novembre 1873, Presidenza Biancheri.

esaminato il trattato di pace coll'Austria, esortò il governo a persistere nelle trattative colle varie potenze per la stipulazione di un trattato che dovesse comprendere tutto il sistema delle guarentigie di diritto privato nei rapporti cogli altri paesi; e tale mozione fu approvata dalla Camera.

Nel 1867 infatti il governo italiano riprese i negoziati incominciati nel 1861, ed il Rattazzi, che allora trovavasi al Ministero, incaricò il Mancini d'una missione officiosa presso le corti di Francia, del Belgio e di Prussia, collo scopo di andar d'accordo con quelle potenze intorno ai principi fondamentali che si sarebbero dovuti proclamare col mezzo di un trattato. Per soddisfare al desiderio espresso dai ministri francesi di poter esaminare alcune proposizioni definite in un testo d'articoli, il Mancini ne compilò una specie di saggio preliminare che incontrò molte obbiezioni in Francia da parte dei giureconsulti e dei magistrati. Però, dopo lunghi negoziati condotti coll'ajuto dell'ambasciatore Nigra e dopo molte conferenze tenute coi ministri dell'imperatore, Rouher, Moustier, Lavallette e Baroche, il governo francese accettò in massima il concetto d'un trattato da concludersi coll'Italia sulla base della proposta fatta dal Mancini, lasciando un protocollo aperto all'adesione degli altri governi.

Nel Belgio il Mancini trovò l'accoglienza più favorevole da parte dei ministri Rogier e Bara. Il Laurent parlò nei seguenti termini lusinghieri di questa visita fatta nel Belgio dal Mancini: « L'illustre jurisconsulte me fit l'honneur de venir me voir à « cette occasion; mes études sur le droit des gens et les rélations « internationales m'avaient donné des amis en Italie; j'ai con- « tracté dès lors envers l'Italie une dette que j'acquitte au- « jourd'hui; après avoir consacré dix anneés de ma vie à écrire « mes Principes de Droit Civil, je complète ce long travail par « ces Études sur le droit international privé que je publie comme « hommage rendu à l'Italie et à la noble initiative qu'elle a « prise ». (1)

Il Mancini, abbandonato il Belgio, continuò il proprio viaggio nella Germania del nord e conferì a Berlino coi ministri Bismarck e Delbrück che accolsero il suo progetto senza veruna obbiezione, non facendo allora presentire gli ostacoli che vent'anni più tardi

(1) LAURENT, op. c., vol. I, pag. 660.

si sarebbero dalla Germania opposti alla conferenza sull'esecuzione delle sentenze straniere. Pareva dunque che le trattative fossero bene avviate e che dovesse uscirne un qualche trattato sanzionante, in parte se non in tutto, le proposte italiane; ma gli avvenimenti d'ordine politico e soprattutto il nuovo intervento della Francia in Italia, che terminò colla battaglia di Mentana, lasciarono ogni negoziato sospeso, e la stipulazione di trattati complessivi di diritto civile internazionale restò indefinitamente aggiornata.

866. — Il Mancini non si dimostrò per questo nè stanco nè scoraggiato, e non trascurò occasione propizia che gli si presentasse per continuare i tentativi di realizzare la sua nobile iniziativa. Nella tornata del 24 Novembre 1873 della Camera dei Deputati, discutendosi il bilancio del Ministero degli affari esteri per l'anno 1874, egli sostenne una proposta ispirata alle più nobili aspirazioni della scienza del diritto internazionale. (1) La sua mozione era così concepita: « La Camera esprime il voto che il governo del Re nelle relazioni straniere voglia perseverare nella benemerita iniziativa, da più anni da esso assunta, di promuovere convenzioni fra l'Italia e le altre nazioni civili per rendere uniformi e obbligatorie, nell'interesse dei popoli rispettivi, le regole essenziali di Diritto Internazionale Privato ».

Il Mancini diceva giustamente, nel sostenere la propria mozione, che essa era l'eco della coscienza pubblica, ed un omaggio a quegli eterni principî di moralità e di giustizia a cui popoli ed assemblee non possono ricusare il proprio culto senza derogare all'onore ed alla dignità. Infatti se v'è parte del diritto internazionale rispetto alla quale un'iniziativa di cosmopolitismo possa essere giustificata da solide ragioni, quella parte è senza dubbio il diritto internazionale privato: « Io propongo, conchiudeva il Mancini, che la Camera ponga la propria autorità al servizio di questa grande causa della società umana, raccomandando al governo del re di cogliere tutte le occasioni che si presenteranno per riannodare i negoziati interrotti e per condurli a buon fine ». La mozione del Mancini fu approvata dalla Camera in quella stessa tornata all'unanimità, mentre assistevano alla seduta il deputato inglese Richard apostolo del disarmo e dell'arbitrato, ed il Dudley Field. Prima della votazione il ministro degli

(1) Camera dei Deputati, l. c., pag. 23-36.

esteri Visconti Venosta, aveva aderito pienamente alla proposta facendo delle riserve soltanto circa la clausola arbitrale da introdursi nei trattati, rispetto alla quale egli dicevasi riluttante dall'accettare *a priori* un determinato modo di definizione per contese future e d'indole ignota, e svolgeva gran parte di quelle ragioni che più tardi determinarono l'Asser a sostenere l'Istituto di Diritto Internazionale e a votare la ripulsione della proposta del Moynier sullo stesso argomento. (1)

Questi primi tentativi d'azione diplomatica furono atti in ogni modo a far meglio valutare l'importanza della propaganda scientifica, e la verità delle opinioni espresse a tale proposito dal Brocher. Se l'Italia infatti assunse la parte d'iniziatrice nel diritto internazionale privato, a chi lo deve? Alla sua scuola di giuristi che molti anni prima avevano assunto la parte di iniziatori nel dominio della scienza. Le prime trattative diplomatiche italiane furono intavolate sulla base indicata dalle conclusioni dei primi studi del Mancini. Così un'altra iniziativa, posteriore a quella italiana, tentata in materia di diritto internazionale dal governo di un altro Stato fu dovuta alle conclusioni d'alcuni studi pubblicati varî anni prima da un dotto cittadino di quello Stato. L'Asser ebbe infatti nelle proposte dell'Olanda la stessa parte di merito che spetta al Mancini rispetto alle proposte dell'Italia.

Pochi mesi dopo che la Camera italiana aveva adottata all'unanimità la proposta del Mancini, il governo olandese deliberò d'inviare ai governi degli altri paesi l'invito a studiare insieme quel problema dell'esecuzione delle sentenze straniere che vedemmo avviato ormai, ma non giunto ancora ad una soluzione internazionale. (2)

867. — Forse il voto del parlamento italiano fu diretto alla pace ed all'arbitrato cui si riferiva la prima parte della mozione del Mancini, piuttostochè alle norme di diritto internazionale privato, meno atte per sè stesse a muovere gli entusiasmi delle assemblee; però l'esistenza stessa del nostro codice civile, che allora era in vigore da otto anni, sono prova bastante che uno schema di trattato relativo a quelle norme, anche se fosse stato sottoposto ad un esame serio e tranquillo, non avrebbe potuto esser accolto nel nostro paese se non con molto favore.

(1) Vol. II, pag. 85-90. — (2) V. pag. 954, 5, n.

Assunto più tardi il Mancini al ministero degli esteri, riprendeva l'antica iniziativa collo scopo però di promuovere un accordo soltanto fra un certo numero di Stati aventi maggior affinità di leggi e di tradizioni, e di limitarlo ad alcuni punti più importanti del diritto internazionale privato; (1) cioè alla nazionalità, allo stato e capacità, ai limiti dello statuto reale, ai matrimonî politicamente misti, alla sostanza degli atti, ed alle successioni; (2) e nel Novembre 1881 incaricava i rappresentanti italiani all'estero di indagare se i varî governi fossero disposti a dar principio alle trattative e quali fossero i punti rispetto ai quali un accordo fosse più agevole e desiderato. (3)

Il governo francese più tardi richiamava l'attenzione del nostro sulla condizione legale delle società commerciali di un paese nel territorio degli altri, l'esecuzione delle sentenze e la trasmissione così degli atti e delle commissioni rogatorie come degli atti nello stato civile (4) pur ammettendo che ciascuno di questi punti dovesse formare oggetto di discussioni successive e distinte; ed il governo olandese, plaudendo all'iniziativa del Mancini, anzi ritenendo un trattato complessivo preferibile ad una serie di trattati bilaterali separatamente negoziati (5) indicava come argomenti di discussione per la futura conferenza, i principî generali per risolvere i conflitti di legislazione in materia di diritto privato, la competenza giudiziaria *ratione personae et territorii*, e (6) la esecuzione delle sentenze. (7) Oltre la Francia (8) e l'Olanda (9) manifestarono tosto il proprio favore per la proposta conferenza, la Svizzera (10) a nome della quale il consigliere federale Welti dichiaravasi disposto ad aprire i negoziati su quei punti che il governo italiano fosse stato per indicare; la Grecia il cui ministro degli esteri accettava la proposta senza riserva dichiarandosi disposto (11) a prendere in considerazione ogni ulteriore proposta e a dare la propria adesione ad ogni accordo atto a conseguire lo scopo; la Svezia che si esprimeva

(1) Circolare del 16 Settembre 1881, Libro Verde cit., pag. 1, 2.

(2) Pag. 2-5, 25.

(3) Circolare del 20 Nov. 1881, l. c., pag. 18.

(4) 19 Dicembre 1882, nota del Ministro degli Affari Esteri Francese, l. c., pag. 62, 3. — (5) Cfr. pag. 959. — (6) Vedi cap. antecedente.

(7) Nota del Minist. oland. degli aff. Est., l. c, pag. 71, 2.

(8) L. c., pag. 18-9, 44.

(9) Libro Verde, pag. 26, 7, 72. — (10) Pag. 7, 23, 4. — (11) Pag. 37.

apertamente (1) in favore degli accordi complessivi anzichè dei trattati bilaterali, il Portogallo, (2) l'Austria, (3) la Russia (4) che oltre ad una semplice adesione generica, manifestava il desiderio di ricevere prontamente e di esaminare i termini di un progetto preciso e concreto; la Repubblica Argentina (5) e l'Uruguay. (6)

Il governo inglese, (7) pur dichiarandosi in genere favorevole alla proposta, faceva notare le difficoltà che sarebbero derivate dalla necessità di sottoporre alla sanzione legislativa gran parte di quegli accordi rispetto ai quali il potere esecutivo non è stato autorizzato mediante leggi speciali a stipulare trattati, e non dissimulava il « suo dubbio che quella proposta potesse condurre ad utili risultamenti »; il governo di Berlino, dopo aver cercato (8) di lasciar cadere l'iniziativa mediante risposte cortesi ed indefinitamente dilatorie, cedeva al fine formalmente (9) alle insistenze del governo italiano; ma, pur dichiarandosi disposto ad esaminare il progetto di convenzione che gli sarebbe stato presentato, non ometteva di avvertire che « non sarebbe stato in grado di manifestare il proprio giudizio sul contenuto se non dopo che fossero stati terminati i lavori di redazione del nuovo codice civile tedesco »; il ministro degli esteri danese, (10) pur aderendo a prendere in esame il progetto, rilevava ripetutamente le grandi difficoltà della riuscita, ed aggiungeva una memoria del ministro della giustizia Nellemann secondo la quale la stipulazione di accordi bilaterali avrebbe piuttosto allontanato che agevolato il conseguimento dell'armonia più generale desiderata dal progetto italiano; (11) la Spagna non diede se non che un'adesione (12) generica e di massima relativa all'inizio delle trattative, e più tardi (13) quando fu aggiunta la proposta relativa all'esecuzione delle sentenze straniere, non aderì se non a quest'ultima; il Brasile (14) trasmise alla commissione di revisione del codice civile la memoria italiana, ma ritenne giustamente non potersi dare una risposta se non ad un progetto formale e concreto dal paese che avea promosso l'accordo.

(1) Pag. 64, 5, 80. — (2) Pag. 27, 8, 38, 46, 7.
(3) Pag. 10, 57. — (4) Pag. 11, 2, 20, 21, 56, 7, 59, 73.
(5) Pag. 66, 77-9. — (6) Pag. 58, 74, 5.
(7) Pag. 8, 9, 10, 11, 24-6, 75, 6. — (8) Pag. 5, 21, 40.
(9) Pag. 48. — (10) Pag. 16, 7, 29, 1.
(11) Pag. 179, 182. — (12) Pag. 8, 48.
(13) Pag. 94. — (14) Pag. 66-9.

Le risposte del Chili e del Belgio erano del tutto negative. Il governo del primo infatti, in quanto si riferiva alla nazionalità, escludeva ogni possibilità di discussione; e sugli altri punti si dichiarava « disposto ad entrare in trattative, però unicamente colla mira che gli eventuali accordi internazionali abbiano ad avere per oggetto, non già di far modificare la legislazione chilena, ma bensì d' ottenere che a questa abbiano da conformarsi le legislazioni degli altri paesi », (1) misconoscendo così il carettere stesso del diritto internazionale privato, e la sua intima diversità dal diritto uniforme. Il Belgio manifestò fin da principio (2) la propria ripugnanza, preferendo provvedere da solo all'adozione di norme di diritto internazionale privato nella revisione del codice civile, solo dichiarando che: « se il signor Mancini volesse precisare qualche punto del diritto civile che a lui sembrasse, per quanto concerne gli stranieri, sollevare delle obbiezioni, il governo belga si darà premura di farne un esame e studio dei più benevoli ». Più tardi, di fronte alle insistenze del governo italiano, il rifiuto si concretava in questi tre punti: non potersi trattare con altri governi nella materia del diritto civile finchè non era compiuta la revisione del codice belga; non potersi pensare ad abolire in Belgio la cauzione judicatum solvi, e non voler il governo usare della facoltà consentitagli dalla legge di stipulare trattati sull'argomento dell'esecuzione delle sentenze; perciò il governo belga rifiutavasi ad entrare in una via che « presenterebbe pel Belgio poca utilità pratica e forse alcuni inconvenienti ». (3)

868. — Per apprezzare il valore di tutte queste risposte giova notare che quelle negative indicavano, di fronte al carattere generico della proposta, una ripugnanza assoluta ad accordi internazionali in materia di diritto internazionale privato, mentre quelle affermative, salvo le prime, perdevano gran parte del proprio valore appunto se si considerava il carattere generico della proposta che vi aveva dato occasione.

Non erasi ancora se non accennato agli argomenti dei quali si sarebbe dovuto trattare senza ben circoscriverli e determinarli; l'indole della potenza iniziatrice faceva presentire che le sue proposte

(1) Pag. 32, 49-52, e Memoria del Ministro chileno della giustizia, Vergara, pag. 183-196.

(2) Pag. 5, 6, 22, 3. — (3) Pag. 33, 45, 55, 65-6.

concrete si sarebbero ispirate alla nostra legge ed alla nostra giurisprudenza; ma tali proposte concrete non erano ancora ufficialmente note; quando lo fossero state, quanto maggiori difficoltà di accordo complessivo non si sarebbero manifestate, che avrebbero trasformate in negative le risposte di adesione subordinata e generica avute da un numero notevole di Stati.

Pur nemmeno fino a questo punto potè spingersi l'esperimento. Il Mancini, dopo aver cercato di indagare le disposizioni dei governi colla circolare del 16 Settembre 1881, (1) iniziava le trattative preliminari con quella del 28 Novembre dello stesso anno; (2) nel Settembre del 1882, vedendo che le trattative languivano e che si sollevavano contro la sua proposta molte obbiezioni colle quali si misconosceva il carattere stesso del diritto internazionale privato, (3) cercava di ravviare le prime e di rispondere alle seconde aggiungendo alla propria circolare alle legazioni italiane una memoria illustrativa (4) della sua proposta; il 19 Marzo 1884 gli dava occasione di ritornare in parte sull'argomento il patrocinio (5) che egli assumeva della proposta dell'Associazione circa l'esecuzione delle sentenze; e finalmente il 28 Giugno 1887, rimandando la conferenza che doveva convocarsi su quest'ultimo argomento, dichiarava, (6) « poichè l'indugio potrebbe suscitare erronei giudizi, che il governo « del Re era sempre fermo nel suo proposito e che promuovendo « quella conferenza non aveva punto inteso di abbandonare il suo « più ampio programma avente per iscopo la determinazione di « regole uniformi per la risoluzione dei conflitti tra le leggi dei « varî Stati, ma aveva accettato il progetto più ristretto nella « speranza che questa sarebbe stata propizia opportunità, per scam- « biare idee preliminari e più precise spiegazioni circa l'altro tema « più generale ».

L'argomento della prima proposta del Mancini che, iniziandosi la conferenza sull'esecuzione dei giudicati, era passato in seconda linea, veniva dunque abbandonato insieme con quello che doveva servire a facilitare i negoziati ad esso relativi. Forse, come accennai, (7) l'argomento più vasto fu di ostacolo anche alla conferenza che doveva trattare l'argomento più ristretto; certo poi,

(1) Libro Verde, pag. 1-4.
(2) Pag. 18. — (3) Pag. 38-40. — (4) Pag. 167-71 e 178.
(5) Pag. 82, 3. — (6) Pag. 162-3. — (7) Vedi pag. 961, 2.

per quanto riguarda il primo, quantunque trattato nel momento più propizio per il nostro paese, quando cioè era ministro degli affari esteri un grande giureconsulto, esso risultò così complicata di difficoltà da non poter in quattro anni passare nemmeno oltre lo stadio delle trattative preliminari.

869. — Chi studia nell'azione scientifica individuale e collettiva le difficoltà d'indole diversa che si oppongono ad un accordo universale rispetto all'adozione di regole atte a dirimere i conflitti delle leggi, facilmente si persuade però della possibilità d'accordi parziali fra Stati che siano affini per origine politica ed etrografica, o per identità di fonti giuridiche, o per maggiori vincoli reciproci d'interesse e maggiore frequenza di rapporti. L'opera scientifica e legislativa dei paesi scandinavi in questi ultimi anni vale a confermare tale asserzione. (1)

Il diritto scandinavo forma infatti nel mondo civilizzato un gruppo a parte comprendente la Danimarca, la Norvegia, la Svezia, e la Finlandia. All'affinità d'origine dei popoli risponde nella Scandinavia la comunanza delle fonti giuridiche, comunanza anche negativa nel senso che il diritto romano non vi ha mai regnato e non v'esercitò se non una influenza indiretta col mezzo della scienza. L'affinità delle leggi di quei quattro paesi non esclude però molte differenze particolari, secondo le quali il diritto scandinavo può dividersi in due gruppi ponendo da una parte la Danimarca e la Norvegia, e dall'altra la Svezia e la Finlandia. E se, per effetto dell'unione politica lungamente mantenuta della Svezia colla Finlandia e della Norvegia colla Danimarca, le somiglianze fra i due diritti dello stesso gruppo divennero rilevantissime, esse sono al contrario molto più tenui fra un gruppo e l'altro. Tuttociò fa comprendere quale ardua impresa sarebbe quella di voler avvicinare sollecitamente i diritti scandinavi a quelli del continente europeo, e come sia pur difficile quello di avvicinarli e di armonizzarli fra loro. Le affinità fra i due gruppi però e l'interesse più diretto dovevano rendere questo secondo compito assai meno malagevole del primo, tanto più se si consideri che, dacchè il sentimento scandinavo ha rinunciato alla grande politica, per rivolgersi a scopi

(1) Goos, Le mouvement scandinave en vue de la communauté du droit. *Rev. de Dr. Int. et de Leg. Comp.*, vol. X, (1878), pag. 475-488, 551-579 e vol. XIII, (1881), pag. 349-356.

più modesti ma più pratici, si prefisse fra le altre mete quella di conservare o creare un diritto scandinavo comune. (1)

Benchè il principio di tali sforzi dati da pochi anni, se ne trassero già eccellenti risultati; ed all'infaticabile operosità individuale dei giuristi, si aggiunse non solo quella delle società scientifiche, ma anche, compensato da buon successo, quella della diplomazia che giunse perfino a realizzare in parte lo stesso sogno del diritto uniforme. Ebbi già occasione di notare come, dopo lunghe trattative, il 7 Maggio 1880 i rispettivi sovrani dei paesi scandinavi indipendenti dessero la loro sanzione alla legge uniforme sulla lettera di cambio. Tale successo così lusinghiero fu dovuto non solo alla profonda preparazione scientifica ed all'opera prudente ed avveduta della diplomazia, ma anche alla sagacia del Rigsdag danese e di quello Svedese e dello Storthing norvegese, che approvarono il progetto senza modificazioni, non perchè lo considerassero perfetto, ma perchè la più piccola alterazione apportatavi avrebbe fatto venir meno quella legge allo scopo per cui era proposta. Quelle assemblee legislative diedero colla loro condotta un esempio degno di essere imitato e si mostrarono consapevoli della necessità d'essere disposti a transigere per poter realizzare le aspirazioni del diritto internazionale privato, e fornite, come disse il Klein nel Folketing danese di « uno spirito di saggezza e di buon senso del quale la storia terrà conto ».

870. — Un altro saggio di analoghi tentativi ricorrenti, benchè finora non coronati da pieno successo, lo troviamo nel Nuovo Mondo fra i popoli dell' America Meridionale legati fra loro da tante affinità di lingua, di religione, di razza, e di tradizioni giuridiche. La debolezza ed il malessere manifestati, fin dalla loro origine, dagli Stati latini dell'America Meridionale derivò appunto dall'aver essi misconosciuto tutte le ragioni che dovevano indurli ad unirsi fra loro, per frazionarsi invece quasi tutti in altrettante federazioni secondo l'esempio della repubblica degli Stati Uniti. La loro forza, ed in gran parte la loro prosperità dipenderebbe invece da un complesso di vincoli che, senza ridurli ad uno Stato solo, impossibile in territorio così vasto e così suddiviso dalla natura, riunisse tutti quei popoli in una lega permanente.

(1) Goos, l. c.

Era questo il concetto dominante di Bolivar che lo realizzò durante le guerre dell'indipendenza prima ancora di proclamarlo come principio direttivo della politica americana. Tale pensiero che informò la vita dell'intera America latina durante tutto il periodo della lotta, non implicava l'unità ma la *lega*; cioè la garanzia della rispettiva indipendenza degli Stati, un codice comune di diritto pubblico, e la regolarizzazione comune dei rapporti di commercio e d'industria. Benchè questa lega non sia stata mai tradotta in atto, il concetto di Bolivar che la invocava non venne mai del tutto abbandonato, ma fu anzi talora assai prossimo a ricevere un'applicazione pratica.

Nel 1822 il Liberatore stesso invitò a Panama i governi del Messico, del Perù, del Chilì, e di Buenos-Ayres per trattare sulle basi della lega, ed esistono dei trattati parziali relativi all'effettuazione di tale progetto come quello fra la Colombia ed il Perù del 6 Giugno 1822, fra la Colombia ed il Messico del 5 Ottobre 1823, e fra la Colombia e Buenos-Ayres del 10 Giugno 1823. Il 22 Giugno 1826 si riunì finalmente a Panama l'assemblea dei plenipotenziari coll'assistenza, senza voto deliberativo, dei ministri della Gran Brettagna e dei Paesi Bassi. Le sedute finirono il 15 Luglio colla redazione di quattro trattati; 1. Patto d'Unione e di lega fra la Colombia, l'America Centrale, il Perù ed il Messico. 2. Stabilimento di un'Assemblea Americana a Tucubaya nel Messico. 3 e 4. Fissazione dei contingenti da fornirsi da quelle varie repubbliche. Ma questo complesso di trattati il cui scopo principale era la difesa della giovane indipendenza, abortì dopo aver ottenuta la ratifica della sola Colombia.

871. — Nel 1831 essendosi fatta la proposta di riunire nuovamente quel congresso, il Messico vi si rifiutò, per riprenderne poi il progetto nel 1840 coll'approvazione della Nuova Granata, ma senza alcun risultato. Nel 1847 si riunì a Lima un nuovo Congresso Americano che non si sciolse prima del Giugno del 1848, ed al quale intervennero rappresentanti della Bolivia, del Chilì, dell'Equatore, della Nuova Granata e del Perù. Ma anche questa volta, l'opera del Congresso restò totalmente vana; poichè esso approvò, è vero, un trattato di Confederazione, uno di commercio e di navigazione, una convenzione consolare ed un'altra concernente le poste, ma, salvo la convenzione consolare che ebbe la ratifica del governo della Nuova Granata, le altre restarono lettera morta.

Identico risultamento ebbe la riunione dei plenipotenziari che fu convocata a Washington nel 1857. Un anno prima il Chilì, il Perù e l'Equatore avevano conchiuso un trattato continentale d'alleanza; ma i varî Stati americani, se aderirono al concetto primitivo del trattato continentale, vi arrecarono tante modificazioni da togliergli ogni carattere di uniformità, senza tener conto dell'Elizalde, Ministro degli Esteri della Repubblica Argentina che lo respinse assolutamente. Da quest'ultimo tentativo di trattato era espresso il concetto di un sistema uniforme delle monete, dei paesi e delle misure, ed anche per ciò che si riferisce più direttamente al diritto internazionale privato, si manifestava la tendenza a voler eliminare i conflitti coll'uniformità del diritto piuttostochè con regole uniformi di diritto internazionale aventi per oggetto i conflitti risultanti da leggi diverse.

Le lotte intestine che travagliarono gran parte dell'America latina dal 1857 al 1862, sospesero ogni seria trattativa per la realizzazione dell'assiduo pensiero di Bolivar; e solo nel 1859 fu discusso, senza però un esito favorevole, fra le repubbliche dell'America centrale, il progetto di unirsi in uno Stato solo, unione che proclamata con un colpo di Stato, più di venticinque anni dopo, dal presidente del Guatemala, venne soffocata sul nascere nel sangue del suo violento fondatore.

872. — Nel 1862 il governo colombiano aveva ripresa l'iniziativa d'altre volte, ma non ottenne l'adesione degli altri Stati perchè voleva, non solo che fossero invitati a partecipare al Congresso anche gli Stati Uniti, ma che ogni Stato dell'America latina mandasse i proprî plenipotenziari a Washington per istituirvi il Congresso « all'ombra della grande autorità e coll'appoggio decisivo del concorso degli Stati Uniti ». Gli Stati dell'America latina lasciarono cadere tale proposta comprendendo come essi debbano guardarsi dagli Stati Uniti forse più che dalle potenze europee.

Trovò maggior favore la proposta fatta l'11 Gennaio 1864 dal Ministro peruviano Ribeiro che indirizzò agli Stati latino-americani una nota proponendo loro di mandare i proprî plenipotenziari ad un Congresso che doveva riunirsi a Lima, per riprendervi i tentativi altre volte intrapresi con poca fortuna. Il ministro peruviano proponeva che il Congresso si riunisse anche se tutti gli Stati indipendenti dell'America latina non vi fossero rappresentati, ed esponeva alcuni punti importanti dei quali avrebbe dovuto trat-

tare il Congresso non tacendo nemmeno i motivi per i quali reputava conveniente non invitare gli Stati Uniti a parteciparvi. Il 18 Febbraio dello stesso anno rispose affermativamente il governo del Chilì, il 14 Maggio quello dell'Equatore, ed il 2 Giugno, con termini assai calorosi, quello degli Stati Uniti di Colombia. È notevole poi la sagacia dimostrata dal governo Boliviano nella sua nota del 26 Fabbraio. « Devesi adempiere ad una condizione », è detto in quel documento, « perchè la riunione del Congresso produca il bene che noi desideriamo. Tale condizione sta nel non ispirare in verun modo alle potenze europee il timore che il Congresso americano nasconda progetti esclusivisti o tendenze ostili contro di loro. È necessario che l'Europa si persuada che l'America, pretendendo costituire la propria personalità, organizzare i propri affari ed i propri interessi comuni e dare l'impronta dell'unità ad alcuni degli atti che costituiscono la sua esistenza, non intende nè di separarsi od isolarsi dall'Europa, nè di assumere riguardo ad essa una condotta diffidente o, meno ancora, minacciosa. Noi ci riuniamo collo scopo di essere prosperi e forti per la difesa del nostro diritto, ma non coll'intento di ledere i diritti d'una nazione qualsiasi del mondo ». Il Congresso inaugurò le proprie sedute il 28 Ottobre 1864, anniversario delle nascita di Bolivar, ed il 14 Novembre seguente ebbe luogo l'apertura solenne delle sedute pubbliche coll'intervento dei rappresentanti della Bolivia, del Chilì, dell'Equatore, della Colombia, del Guatemala, del Perù, della Repubblica Argentina e del Venezuela. Però, benchè riunitosi sotto così buoni auspicî, nemmeno questo Congresso potè conseguire lo scopo desiderato. (1)

Quegli Stati però devono pur giungere alla costituzione di una lega o, per usare una frase più generica, d'un complesso di vincoli più numerosi di quelli che legano ordinariamente l'uno all'altro gli Stati nella famiglia internazionale. A tale unione li spingono non solo i motivi etnografici, non solo l'identità della lingua, della religione e del costume, ma anche il loro bene inteso interesse, e sopratutto le esigenze della loro sicurezza.

Quegli Stati, che nel 1830 contavano 16,000,000 d'abitanti, hanno, nel corso degli ultimi cinquant'anni, raddoppiato la pro-

(1) Torres Caicedo. L'Union latino-américaine. Mémorial diplomat. 1881, n.i 39, 41, 42, 43, 45, 47, 48; e 1882, n.i 2, 3, 13, 15.

pria popolazione, ad esclusione del Nicaragua che da 350000 abitanti discese a 300000, e del Paraguay che da 600000 discese a 293000. Il loro commercio, valutato in *pesetas*, ascese, in quel corso di tempo, dai 400,000,000 ai 1,600,000,000 e la loro rendita pubblica da duecentosessanta milioni a 900 milioni. Ma nello stesso periodo gli Stati Uniti giunsero a raccogliere sul proprio territorio oltre 50 milioni di abitanti, viventi, rispetto all'estero, sotto la stessa legge e la stessa bandiera; la lor floridezza è senza pari, non soltanto in America, ma in tutte le contrade del mondo; e, per valutare la loro aspirazione ad espandersi e la loro possibilità di dominare, basta pensare in qual modo abbiano costretto il Messico nel 1848, a vendere loro per 15 milioni di dollari, un territorio vasto quanto tutta l'Europa meno la Russia. Sono progressi questi che, creando accanto all'America latina un vicino altamente civile e sempre più potente, tanto più deve spingerla a coordinare il più possibile gli elementi della propria vita giuridica ed economica.

Ma qualunque sia la causa che spinga gli Stati latino-americani a dare un carattere più intimo e permanente ai loro reciproci rapporti, a noi basti constatare la tendenza a comprendere fra le materie dei loro accordi il diritto internazionale privato e forse anche a cominciare colla riforma di quello la instaurazione del nuovo stato cui aspirano. L'ultima guerra fra i tre Stati del Pacifico avrà ritardato certamente, ma non può rendere del tutto impossibile un simile accordo, perchè quanto più quegli Stati hanno da conservare, tanto più devono sentirsi attratti all'unione delle proprie forze per difendersi non solo colle ragioni del buon diritto, ma anche colle armi, secondo il motto d'uno dei più floridi e forti tra loro, il Chilì: *por el derecho o por la fuerza.*

« El movimento particularista, dice il De Castilla, (1) desacreditato por la triste experiencia de las guerras civiles y estranjeras, y la impotencia economica, cederà el puesto al de la concentracion de tantas pequeñas repubblicas en grandes confederaciones; a las que deberán en la vida politica del Mundo civilizzado una consideracion, una importancia beneficiosa a sus

(1) Progresos de las naciones americanas de origen iberico. V. Ilustracion espanola y americana, 1881. N. 8 e 30 Dicembre, vol. II, pag. 338, 339, 394 e 395.

« intereses de que has ahora han carecido, y un desenvolvimiento « de la vida interior, una prosperidad que sólo sera comparable « con la de la gran federacion anglo-sajona de la America del « Norte ».

873. — Rispondendo a tale bisogno, sentito in gran parte dall'opinione pubblica dell'America meridionale, il De La Torre, ministro degli Esteri del Perù, indirizzò l'11 Dicembre 1875, una circolare ai governi latino-americani, per promuovere la riunione di un congresso di giureconsulti che discutesse e mettesse in armonia la legislazione dei varî Stati americani, tendendo a consolidare i vincoli d'amicizia che li uniscono, mercè la maggior possibile uniformità dei loro diritti. I punti sui quali sopratutto il governo del Perù domandava una discussione ed un accordo erano i seguenti:

1. Sarebbe bene, in regola generale, per tutti i casi non regolati in modo speciale, di stabilire l'uniformità di legislazione sulle materie di diritto privato in quanto lo permettano le circostanze particolari nelle quali trovasi ciascun paese e di constatare nei varî codici i punti sui quali tale uniformità non è realizzabile, nonchè il modo di decidere le questioni che potessero nascere da tale mancanza di uniformità.

2. Si dovrebbero riconoscere in ogni Stato ai membri degli altri Stati, gli stessi diritti che hanno i cittadini.

3. Semplificare nelle maggiori proporzioni possibili le formalità dei matrimonî fra cittadini e fra cittadini e stranieri.

4. Stabilire l'uniformità nella forma dei contratti e dei titoli che dànno origine ad una obbligazione.

5. Determinare delle regole comuni per l'esecuzione delle sentenze civili e delle commissioni rogatorie.

6. Precisare nei diversi codici i casi di estradizione e la maniera di procedervi.

7. Creare una legislazione commerciale uniforme specialmente in materia di fallimenti e di brevetti.

8. Stabilire delle regole uniformi in materia di proprietà letteraria.

9. Introdorre l'uniformità nei pesi, nelle misure e nelle monete.

10. Concludere una convenzione postale fra tutti gli Stati. (1)

(1) Proposta del Perù, Appendice al Field, l. c., pag. 753, 4.

La seconda proposta diede argomento agli articoli 1, (diritti civili), 7-17 (matrimonio), 18-24 (successioni); la prima agli articoli 2 e 3 (stato e capacità, beni mobili ed immobili); la quarta agli articoli 4 e 5 (contratti); la quinta agli articoli 36-33 e 40-50 (competenza ed esecuzione delle sentenze), del trattato firmato a Lima il 9 Novembre ed il 5 Dicembre del 1878 ai rappresentanti del Perù, dell'Argentina, Chili, Bolivia, Equatore, Venezuela, Costarica, Guatemala ed Uruguay. (1)

Benchè però i plenipotenziari dessero il nome di trattato alle loro stipulazioni queste non furono in realtà se non una dichiarazione di principi combinata dai rappresentanti di otto soli stati; che rendeva ancora necessari altri (2) sforzi di governi nel campo del diritto positivo e che un'altra conferenza sta prendendo in esame nell'autunno del 1888.

Le proposte contenute nei numeri 1, 2, 6 e 10 formavano parte anche delle basi di Unione latino-americana proposte dal Torres Caicedo fino dal 1861. Oltre a quei quattro punti, il diplomatico della repubblica di San Salvador, proponeva le seguenti riforme che, dopo tanti tentativi infruttuosi d'uomini e di governi, egli trovò opportuno di ripubblicare venti anni più tardi:

1. Creazione d'una specie di Zollverein americano su basi più liberali di quelle su cui fondavasi lo Zollverein germanico.

2. Stabilimento di un tribunale supremo che deciderebbe pacificamente le contestazioni fra due o più repubbliche confederate e che, se fosse necessario, farebbe eseguire le proprie sentenze col mezzo della forza.

3. Ammissione, con carattere valido ed obbligatorio, rispetto alla sua parte sostanziale, di ogni atto pubblico e privato compiuto in una qualunque delle repubbliche confederate.

4. Sistema liberale in materia commerciale, senza escludere in uno Stato i sudditi degli altri dal commercio di cabotaggio.

5. Sistema uniforme d'insegnamento dichiarante obbligatoria e gratuita l'istruzione primaria.

6. Consecrazione dei principî della libertà di coscienza e della tolleranza dei culti.

7. Abolizione dei passaporti; abolizione del sistema di blocco; abolizione delle lettere di marca eccetto che nelle guerre che po-

(1) L. V. pag. 225-231. — (2) L. V. pag. 63, 4, nota del M.° it. a Lima.

tessero scoppiare fra una o parecchie di queste repubbliche o tutta l'Unione latino-americana ed una o più potenze straniere.

8. Adozione degli stessi principii in materia di convenzioni consolari e di commercio da concludere colle nazioni straniere, e relativamente alla nazionalità dei figli nati da stranieri.

874. — Un progetto più recente venne elaborato col medesimo scopo dal govèrno colombiano, che, memore delle sue perseveranti iniziative nella prima metà di questo secolo, propose, nel settembre del 1881, la convocazione a Panama d'un Congresso destinato a dare un fondo di diritto comune alle repubbliche americane d'origine spagnuola. I termini della proposta colombiana, che furono fatti conoscere in Europa da una monografia del Pereira, primo segretario della legazione di quel paese in Francia, (1) erano i seguenti:

1. Tutte le nazioni americane d'origine spagnuola formano un sol popolo. (2)

2. Parlano la stessa lingua ed adottano nei documenti ufficiali un sistema ortografico uniforme. (3)

3. Si garantiscono reciprocamente *l'uti possidetis* del 1880. (4)

4. Si daranno fra loro il trattamento della nazione più favorita. (5)

5. I cittadini di ciascuna di esse godranno sul territorio delle altre gli stessi diritti civili e politici e saranno soggetti agli stessi obblighi dei nazionali senza distinzione. (6)

6. I gradi universitari concessi da uno degli Stati andini saranno dovunque riconosciuti sufficienti per l'esercizio delle rispettive professioni. (7)

7. I prodotti del suolo e dell'industria delle stesse nazioni saranno importati sui loro territorî rispettivi, liberi da tutti i diritti cui gli indigeni non fossero sottomessi. (8)

8. Uniformazione del sistema doganale e delle formalità da adempiere per l'importazione delle mercanzie. (9)

(1) Union Andina, Proyecto de Codigo de derecho pubblico interandino, seguido de algunas observaciones sobre la conveniencia de adoptar un sistema ortografico ispano-americano. Paris 1881. V. anche *Rev. d. Dr. Int. et de lég. Comp.* Vol. XIII (1881) pag. 662 e segg.

(2) Tit. II, art. 6. — (3) Art. 7. — (4) Art. 8. — (5) Art. 12.

(6) Art. 13. — (7) Art. 14. — (8) Art. 15. — (9) Art. 16.

9. Garantita la proprietà scientifica, artistica e letteraria. (1)

10. Le navi da guerra e di commercio, naviganti sotto la bandiera di uno degli Stati dell'Unione Andina, avranno in ogni tempo libero accesso nei porti e nei fiumi navigabili degli altri sullo stesso piede dei bastimenti nazionali. (2)

11. Il sistema metrico decimale francese, essendo il sistema ufficiale dei pesi e delle misure, ed essendo eguale il loro sistema monetario, esse convengono su certe regole per uniformare la coniazione delle loro monete, le quali avranno tutte corso legale in tutti i paesi dell'Unione. (3)

12. Facendo parte dell'Unione postale universale, le suddette nazioni si impegnano però a trasportare gratuitamente sui propri territorî i giornali, gli opuscoli e gli altri stampati il cui peso non oltrepassi un chilogrammo, provenienti direttamente dal territorio di un'altra delle stesse nazioni. (4)

Da tutti questi reiterati tentativi rimasti ancora senza un pieno successo, apparisce chiaro però che l'opinione pubblica dell'America latina si va pronunciando sempre maggiormente favorevole a rendere più stretti i legami fra gli Stati che compongono quella parte del mondo, e che la tendenza unitaria prevale a tutte le altre per ciò che riguarda il diritto internazionale privato, sicchè non è improbabile che i due mondi presentino un giorno il confronto pratico dei due sistemi di diritto internazionale, adottando l'Europa quello delle regole per dirimere conflitti fra leggi diversi, e l'America latina quello del diritto uniforme.

875. — Ed ora, considerando tali tentativi, siano pur poco fortunati, che da vent'anni si vanno ripetendo con tanta insistenza, vien fatto di domandarci: Quali progressi può veramente vantare la scienza del diritto internazionale privato? Come si possono spiegare i suoi insuccessi? Quali speranze è dato esprimere rispetto al suo avvenire?

La condizione attuale del diritto internazionale, considerata in relazione col suo passato, è fuor d'ogni dubbio tutt'altro che sconfortante.

Durante una parte di storia umana vi furono rapporti internazionali senza che esistesse un diritto per regolarli. I popoli dell'antichità non conoscevano il diritto internazionale; la stessa

(1) Art. 17. — (2) Art. 18. — (3) Art. 19. — (4) Art. 20.

filosofia greca quasi non lo sospettava; il *jus gentium* di Roma, approdato all'universale uniformità del diritto romano, era ben diverso dall'oggetto dei nostri studî.

Questo per contrario si sviluppò a parte a parte nella pratica dalla vita politica del medio evo; i principî umani del cristianesimo lo resero possibile; i barbari diedero l'esempio della personalità delle leggi; il dominio feudale della loro territorialità; instaurando successivamente due sistemi dalla coesistenza dei quali doveva nascere e dalla loro armonia svolgersi il diritto internazionale privato.

Durante la stessa epoca storica, nel grembo della libertà italiana se ne iniziò la dottrina, e ne uscì, benchè vago, dalle opere di Bartolo e dei nostri glossatori, quel principio di personalità del diritto che, penetrato, sia pur come eccezione, per merito del Dumoulin, nelle teorie degli statutarî francesi, combattuto dal D'Argentré, dal Bourgoigne, dallo Huber e dai Voet in Francia e nei Paesi Bassi, doveva risorgere più fecondo nella patria del Dumoulin, col Boullenois, col Froland e col Bouhier poco prima della rivoluzione, per ricevere finalmente da questa una sanzione legislativa.

876. — Giunti a questo punto, dopo aver dovuto constatare i difetti scientifici della teoria statutaria e di quelle che, più o meno direttamente, ne rampollarono nella prima metà del secolo, assistiamo alla grande rigenerazione compiuta dal Savigny che, dato il bando a quanto era di vieto nelle altre teorie, studiando nel tempo stesso coi sommi principî del diritto i conflitti di leggi nel tempo e nello spazio, considerando il mondo intero nella sua unità come base d'applicazione delle proprie regole, e dando la maggior importanza alla persona, approdò a quella teoria della comunità del diritto che fece progredire la scienza in pochi anni quanto tanti giuristi non l'avevano fatta progredire da Bartolo a lui, e non meno di quanto essa sia progredita dalla pubblicazione del suo libro ai nostri giorni.

Dallo studio dell'opera del Savigny è già dato finalmente di riassumere quelle regole sulle persone, sulle cose, sulle obbligazioni, sulla successione, sul diritto di famiglia, e sulla forma degli atti, che al grande giureconsulto parevano sufficienti a dirimere i conflitti di diritto internazionale privato.

877. — Ma il Savigny dava per base allo stato della persona il diritto del suo domicilio, non escludendo così ogni incertezza

ed ogni instabilità in una parte del diritto che deve essere sopratutto stabile e certa. Ed ecco rettificata col principio di nazionalità questa parte inesatta della teoria di lui dal Mancini, fin da quando questo giureconsulto cominciò il proprio insegnamento dalla cattedra di Torino.

La parola nazionalità che, per effetto dei varî sensi nei quali può venire usata, può parere termine atto a generare confusione quando lo si adotti in una formula scientifica, fu causa di molte accuse al nuovo elemento introdotto dal Mancini nella teoria della comunità del diritto. Ma l'esame accurato degli scritti del Mancini e di quelli dei suoi seguaci ci dimostra che, se nel diritto internazionale pubblico l'aspirazione alla nazionalità può venire considerata come elemento etico in opposizione colla realtà, essa vien totalmente esclusa dal diritto internazionale privato che deve considerare la nazione nel senso di ente politico concreto ed attuale; sicchè in sostanza la vera innovazione del Mancini nell'oggetto dei nostri studi consiste nel sostituire al principio del domicilio quello più chiaro e più permanente della sudditanza politica.

La verità di tale asserzione riesce ancor più chiara a chi esamina le opere di quei giureconsulti seguaci del Mancini che sono conosciuti collettivamente col nome di scuola italiana. Nei loro studi si trova non già confusa, ma continuata ed integrata, l'opera del Savigny; e le regole esposte da loro possono aggiungersi alle conclusioni di quel primo maestro in parte come rettificazioni, in parte come corollarî, in parte in fine come aggiunte opportune, sempre come elementi di una stessa teoria.

Le dottrine del Mancini, divulgate nelle altri parti d'Europa e soprattutto confermate nei magistrali studi del Laurent, vennero completate per opera del Brocher, che, giunto con metodo diverso a confermarne i risultamenti quasi in ogni parte, ne rettificò le manchevolezze delle conclusioni quanto al concetto ed agli effetti dell'ordine pubblico, portandola così ad una tale armonìa d'insieme e ad una così completa perfezione di parti, da non parer più utopie, quando alla scienza in tutto si uniformasse la pratica, nemmeno le aspirazioni in parte riferite, in parte smentite dall'Asser sul diritto uniforme.

878. — Ma qui, varcati i confini del continente europeo, un ostacolo al diffondersi di tale armonìa scientifica appare nei paesi anglo-sassoni, che, tendenti all' isolamento legislativo fin dalla loro

origine, s'arrestarono a quella teoria della territorialità appena temperata in parte per effetto della *comitas*, che nella scienza europea fu soltanto transitoria. Tali principî esposti dallo Story, dal Foelix che ne sviluppò in Europa le teorie, e dallo Holland, a malapena si modificano nelle opere di alcuni giureconsulti; soprattutto in quelle del Westlake e del Beach Lawrence.

Quanto però sia lontana ancora l'effettuazione di questo accordo scientifico, ce lo insegna l'esame di quei progetti di codificazione che, abbandonando i facili ed inutili disegni d'organizzazione mondiale, vollero riassumere le regole suscettibili attualmente di applicazione universale.

879. — A far sì che il numero di tali regole aumenti, e che la necessità di farle aumentare si faccia ogni giorno più manifesta, varie società scientifiche dedicarono e dedicano tuttora i loro nobili sforzi. Di quest'azione collettiva devesi tenere gran conto come d'uno dei massimi fattori nel progresso futuro del diritto internazionale.

Il diritto internazionale privato, concludendo l'analisi dei suoi progressi, ci presenta dunque in questo secolo lo spettacolo meraviglioso d'una scienza che trova le proprie vie e vi procede trionfalmente così da possedere ormai un fondo di regole quasi generalmente accettate e mezzi tanto individuali quanto collettivi di propaganda, e da poter già contare, a così poca distanza dal tempo della sua rigenerazione, i primi tentativi diretti a renderne obbligatori i risultamenti mercè la sanzione universale dei governi.

880. — Perchè questa possano già invocarsi e perchè non abbiasi potuto d'altronde ancora conseguirla, ce lo spiega l'indagine che abbiamo condotta nel campo del diritto internazionale positivo durante la quale, non meno che i punti d'armonia quelli di divergenza, hanno formato oggetto del nostro studio. I rapporti sempre maggiori fra i varî paesi, la frequenza delle trasmigrazioni, il commercio delle cose e delle idee che si avvicenda sempre più operoso fra i varî Stati del globo, diedero già origine, sopratutto fra quelli che son più vicini di territorio e più affini di civiltà, ad accordi convenzionali, che, cooperando a secondare un bisogno e pur mostrandosi insufficienti a soddisfarlo, fecero concepire il pensiero d'accordi più larghi e complessi.

Ma d'altronde, non meno radicate delle norme di diritto materiale nei costumi e nelle ragioni stesse della vita giuridica d'un

popolo, sono sovente quelle del diritto internazionale privato, l'armonizzazione delle quali presenta talora pertanto quasi tanta difficoltà quanto il conseguimento d'un diritto uniforme; se a ciò si aggiunge il naturale e geloso attaccamento dei popoli alle proprie leggi, le difficoltà delle transazioni, la quasi impossibilità, nei paesi costituzionali, di ottenere un voto identico anche da otto o dieci parlamenti, e la mancanza di un lungo periodo di pace che permetta di attrarre seriamente da questo lato l'attenzione della diplomazia, si comprende come quegli accordi complessi e generali non abbiano probabilità di approdare ad un pratico risultato, e come i primi successi siano riservati o al regolamento universale di un solo istituto qual'è l'esecuzione delle sentenze, od al regolamento di tutto il diritto internazionale privato in una cerchia ristretta di Stati.

È un risultato a dir così negativo cui ci conduce tutto il nostro studio ed è un risultato negativo così semplice che par quasi superfluo l'enunciarlo. Pur nello studio di molti ardui problemi di indole sociale avviene che la conclusione sembri tanto ristretta ed esigua, da essere troppo scarso frutto d'una lunga serie d'indagini, a quella guisa che salendo una montagna se ne gira faticosamente i fianchi per giungere alfine a trovar sulla vetta appena ove posare il piede. Sir Henry Maine giunge coi suoi studî sul governo popolare alla conclusione semplice e negativa: non esser certo che tale governo possa durare indefinitivamente e essere la libertà costituzionale subordinata al rispetto delle ragioni storiche, (1) ed il Taine, dopo lo studio sulla conquista giacobina, confessa d'aver trovato « un principe si simple qu'il semblera pueril et que j'ose à peine l'enoncer. Il consiste tout entier dans cette remarque qu'une société humaine, surtout une société moderne, est une chose vaste et compliquée ». Confortato dall'esempio di menti così alte che terminano un lungo studio con una conclusione tanto modesta, io ravviso nella maggior complicazione che presenta la società degli Stati un ostacolo per ora insormontabile alla loro complessiva organizzazione anche nel solo campo del diritto internazionale privato.

(1) Sumner Maine. Essais sur le gouvernement populaire. Paris. Thorin, 1887, pag. 82, 83, e Taine, Les origines de la France contemporaine. La conquête jacobine.

881. — Se dunque, volgendo lo sguardo al futuro, ci domandiamo, quali speranze possiamo concepire? è necessario precisare se queste speranze si appuntano o no ad un tempo determinato, poichè nel primo caso ci è dato di dare una risposta precisa e concreta, mentre nell'altro ci è quasi del tutto impossibile di darne veruna.

Se parliamo d'un prossimo avvenire, un diritto uniforme non è nè sperabile nè forse desiderabile; nè si può concepire più facilmente un complesso di regole valevoli per tutti gli Stati del mondo che provvedano a dirimere i conflitti delle leggi particolari diverse.

Si possono sperare accordi più larghi degli attuali fra gli Stati, divisi per gruppi sul modello del gruppo scandinavo; e trattati sempre più numerosi ed adottati da un numero sempre maggiore di paesi rispetto a materie speciali come la nazionalità, la successione, la procedura civile e soprattutto la competenza dei tribunali.

Più facili di tutti e certamente favoriti da maggior numero di aderenti, potranno essere i trattati riguardanti il diritto commerciale come quelli sulla lettera di cambio e sul fallimento, nè in questa materia pare esagerato il concepire la possibilità di un codice di commercio universale, compilato, non nella sostanza ma nel metodo, ad imitazione di quello del Dudley Field, cioè in parte fondato sulle regole per dirimere i conflitti fra leggi diverse, ed in parte sulla codificazione di un diritto uniforme.

Altre istituzioni per ultimo sono per se stesse d'indole cosmopolita e rispetto ad esse l'opera regolatrice ed assimilatrice della diplomazia va spesso compagna e talora precede quella della scienza che studia la natura ed i limiti dei varî istituti. Fra queste ultime parti della vita internazionale nelle quali tale unificazione può effettuarsi ad un tempo nel modo più facile e più utile, tengono il primo posto, colla legislazione monetaria, il diritto delle ferrovie, quello delle poste e dei telegrafi che, mentre per intima natura e per impulso della necessità tendono all'armonia se non all'unificazione, non ne sono allontanati d'altronde da una tradizione secolare di contrarie norme particolari.

Dell'opera unificatrice della diplomazia bisogna dunque dire che per riuscire vittoriosa essa deve essere paziente e frammentaria. Se non si addattasse ad essere tale, i suoi progetti d'armonia internazionale potrebbero essere ammirabili per rigore di principî e per

completa struttura scientifica, ma i suoi risultamenti di necessità sarebbero nulli.

Seguendo invece l'altra via, più umile ma più pratica, i suoi trionfi si moltiplicheranno; al trattato postale, a quello telegrafico, ed a quelli per la proprietà delle opere letterarie, artistiche ed industriali altri verranno ad aggiungersi. Sarà possibile di far ammettere da tutti gli Stati, dapprima in limiti ristretti, la personalità dei diritti esclusivamente personali, e qualche regola sull'acquisto e sulla perdita della nazionalità; ed al gruppo scandinavo, ricco ormai di qualche legge uniforme e di molte regole d'armonia, potranno aggiungersi altri gruppi di Stati, per diverse cause più affini, che precorrano l'armonia giuridica della società europea, la quale, cominciando ad abituarsi al dominio delle norme universali col regolare il suo diritto ferroviario, postale, industriale e commerciale in modo identico per tutti gli Stati o per molti di essi, più facilmente potrà ammettere e desiderare l'armonia del diritto civile, prima fra i paesi maggiormente legati da vincoli di razza, d'interessi, o di confini, e poi fra tutti i membri della grande famiglia europea.

882. — Se poi ci domandassimo: quali speranze si possono concepire in un avvenire indeterminato; chi potrebbe essere tanto presuntuoso da arrischiare una risposta?

Il carattere sublime del progresso umano sta appunto in ciò che, pur non essendo esso indefinito, la mente dell'uomo non può definirlo; mentre l'uomo progredisce, le colonne d'Ercole del suo cammino si scostano da lui e l'ignoranza del limite, dà impulso sempre nuovo alle sue forze fatte ognora più vigorose dalla civiltà.

I paradossi degli uomini superiori d'un secolo divennero spesso verità comuni dei secoli che li seguirono, e molti concetti arditi che possono dirsi utopìa relativamente alla rapidità d'attuazione desiderata da coloro che li professano in un dato momento, non meriterebbero più quel nome se si concedesse loro per attuarsi la serie indefinita dei secoli.

Prendasi a considerare lo stato d'un uomo civile e d'un uomo selvaggio; qual elemento morale e materiale della vita del primo non deve parere un'utopìa alla mente del secondo o meglio ancora esserne quasi inconcepibile? Chi predicò le massime di Cristo fra i pagani dell'Europa e le massime di Buddha fra quelli del-

l'Asia, doveva pur sembrare il grande utopista; eppure le loro utopie sono oggi intima parte nella vita morale del contadino del Tibet e del proletario delle nostre campagne.

Dalla veste che ci copre ai sentimenti che ci ispirano, dall'affetto per i nostri simili al rispetto per le nostre leggi, dai nostri uffici di cittadino nella pace, alla nostra disciplina organizzata durante la guerra, l'intera vita normale di tutti e di ogni giorno nei nostri tempi, dovrebbe parere al barbaro primitivo cui la si predicesse, la più strana delle previsioni.

Nessuno, precorrendo la storia, può dire del progresso, umano: « Fino a questo punto non arriverà »; sarebbe un insulto alla perfettibilità dell'uomo ed a Dio che lo ha fatto perfettibile.

E tanto meno si può diffidare del miglioramento costante della vita internazionale, quando si pensi che essa ci offre fino ad ora nella storia del mondo tanti spettacoli lusinghieri, e, direi quasi, tanti prodigi.

883. — Il seguire nel corso della storia questo progresso della specie umana nel riconoscimento della fraternità e del diritto, è consolante, quanto il seguirne le evoluzioni nell'idea religiosa o nella rappresentazione del bello poetico. L'elemento etico che nobilita e sublima il diritto, lo trasforma così di cieca necessità in istituzione, secondo la frase ciceroniana, quasi divina.

Dapprima è l'individuo che sente pietà del proprio simile vedendolo soffrire; l'aspetto della miseria, le grida degli addolorati, le supplicazioni degli affamati, impietosiscono il cuore, e strappano dalle labbra una parola di conforto e dalla mano un soccorso. Ma quando l'umanità progredisce, essa comincia a non dir più soltanto *do ut des*, a non dir più soltanto *Non ignara mali miseris succurrere disco:* l'uomo comincia ad addolorarsi per grida che non sente, per piaghe che non vede, per miserie lontane da cui lo dividono e monti e mari, ed anni, ed il concetto dell'umanità si sviluppa nell'animo suo. L'idea della fratellanza umana diviene così potente nel suo pensiero che gli fa battere il cuore di pietà al solo supporre che in terre lontane vi sia un dolore senza soccorso, od in tempi avvenire un'ingiustizia senza riparazione; e la sua consapevolezza dell'unità umana sfida colle istituzioni che ispira lo spazio ed il tempo.

E allora che, affinatosi il sentimento che avea fatto imbandire il pane dell'ospitalità sul desco dei patriarchi, e avea fatto

anche nell'antichità pagana sacre la vecchiaia e l'infanzia senza difesa, ispira Wilberforce e Sheridan in favore degli schiavi dell'Africa; Burke a favore degli indigeni dell'India; fa tuonare Gladstone contro gli orrori della Bulgaria, il cardinale Manning contro le persecuzioni della Russia, e induce il Palasciano ed il Moynier a predicare l'umanità nella guerra, facendo di loro due spiriti consolatori nel furore dei combattimenti che si agiteranno fra popoli lontani e in un avvenire lontano da noi.

Così l'uomo si avvicina a quell'ideale bontà vagheggiata dal Socrate platonico che lo compensa della mortalità dell'individuo facendolo immortale nell'umanità. Chi potrebbe dunque arrogarsi il diritto di segnare nel futuro al perfezionamento morale dell'uomo un termine che sarebbe travolto dal suo progredire in quel cammino trionfale?

884. — Nella vita internazionale degli Stati si possono constatare due correnti, una che conduce alla guerra, l'altra alla pace (1) e la storia è la risultante della lotta fra quelle due forze. I governi mantengono le antiche rivalità, rovinano i popoli cogli armamenti accresciuti senza posa, e talora rendono inevitabili, talora non sanno evitare le guerre. I popoli al contrario sentono sempre più la necessità di tendere la mano e, promuovendo rapporti sempre più operosi e trattati sempre più frequenti per regolarli, si mostrano consapevoli della propria fraternità. (2)

Da una parte dunque ci si mostrano gli Stati costituiti coi loro caratteri distintivi di razza, di lingua, di educazione, di costumi, caratteri tutti che si fanno sentire nella diversità delle varie legislazioni. Dall'altra parte si manifesta, a dispetto delle rivalità e delle antipatie nazionali, un principio di cosmopolitismo tendente ad armonizzare i costumi, i bisogni e con essi anche le legislazioni.

Quale sarà l'ultimo risultamento della lotta fra questi due principî diversi?

A nessuno può esser dato nè di predirlo, nè di determinarlo. Chi però crede nella missione dell'umanità sulla terra, si ripro-

(1) Van der Reste. L'union monétaire latine; son origine et ses phases, diverses. Rév. de Dr. Int. 1881, pag. 5-22.

(2) Émile De Laveley. Des fonctions de la Monnaie. Bibliothèque universelle et Révue Suisse, 87 année III. Periode. T. XIV, nº 40 Avril 1882,

mette che la vittoria finale debba essere sempre, come degli uomini migliori, così delle migliori idee, le quali, benchè possano apparire, quando non è giunto ancora il loro tempo, inutili o dannose, pure non restano mai infeconde, e, per quanto sembrino ad un esame superficiale trascurabili, sono spesso come il granello di senape del Vangelo che è il più piccolo dei semi ma svolge dal suolo la più alta delle erbe.

Quando parliamo del progresso umano possibile in un termine relativamente breve, troviamo molte utopìe immeritevoli della nostra fiducia; ma quando pensiamo a quel progresso in relazione alla *innumerabilis fuga temporum*, allora siamo costretti a ripetere col poeta:

Tu solo o ideal sei vero.

INDICE

DEL VOLUME SECONDO

Capitolo Quarto

Operosità Scientifica Collettiva.

CAPITOLO QUINTO

Indirizzo attuale della legislazione, del diritto convenzionale e della giurisprudenza.

I. — Nazionalità.

II. — Naturalizzazione.

III. — Condizione degli stranieri.

IV. — Stato e capacità della persona.

VOLUME TERZO

V. — Matrimonio in genere. — Validità intrinseca.

VI. — Forma del matrimonio.

VII. — Regolamento della società coniugale.

VIII. — Scioglimento del matrimonio.

XI. — Figliazione, minore età e tutela.

X. — Cose.

XI. — Obbligazioni.

XII. — Successioni.

XIII. — Applicazione diretta del diritto straniero.

XIV. — Applicazione indiretta del diritto straniero.

Capitolo Sesto

L'azione diplomatica
e l'avvenire del diritto internazionale privato.